DER JUSTIZSTAAT

IN DEUTSCHLAND

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer
hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

GERHARD DILL
aus Calw

1938

Buchdruckerei Rudolf Knufinke Stuttgart

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549610_0101

DER JUSTIZSTAAT

IN DEUTSCHLAND

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer
hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

GERHARD DILL
aus Calw

1938

Buchdruckerei Rudolf Knufinke Stuttgart

Obmann: Professor Dr. Eisser

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kern

2. Berichterstatter: Professor Dr. Merk

Tag der mündlichen Prüfung: 11.1.1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

I. Einleitung.

1. Die Fragestellung: Oeffentlich-rechtliche Streitigkeit und Ziviljustiz. Begriffe 1
2. Uebersicht über den Umfang der Aufgabe. . . 3
   Justizstaatliche Gesetze 3
   Justizstaatliche Rechtsprechung 3
   Vorfragen 3
   Einlage: Tabelle 7

II. Geschichte und Ursachen des Justizstaates.

1. Der Justizstaat bis zum Erlaß der Reichsjustizgesetze 9
   Die preußische Rechtsgeschichte 9
   Das Wesen der justizstaatlichen Forderungen 11
   Das Rechtsschutzbedürfnis 12
   Der Gegensatz von Staat und Einzelnem 14
   Die Theorie 15
   Das subjektive Recht 15
   Die Fiskuslehre 16
   Das gemischte Rechtsverhältnis 19
2. Der Einfluß des GVG auf die justizstaatliche Entwicklung, besonders auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts 19
   § 13 GVG: formelle und materielle Lehre 19
   Stellung des Reichsgerichts 20
   Das Reichsgericht und der Justizstaat 21
   Zusammenfassung 23

III. Die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht als Grundlage der Fragestellung.

   Die Einheitlichkeit des Rechts 25
   Abstrakte Begriffe oder konkrete Gestaltung 26
   Neue Sinngebungen:
      Herbert Meyer 27
      Schnorr von Carolsfeld 28
      Huber 28
   Die Praxis 29
   Die Verwendbarkeit des Begriffes öffentliches Recht im Zuständigkeitsrecht 30
   Zusammenfassung 33

IV. Rechtsschutzarten: Möglichkeiten der Entscheidung von Verwaltungsstreitsachen.

   Uebersicht 35
   Die Rechtsschutzarten im einzelnen 36
   Stellung des Einspruchsverfahrens 38

V. Entscheidung durch Verwaltungsgerichte statt durch Zivilgerichte.

1. Ist eine Einheit der Gerichtsverfassung notwendig? 39
2. Ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit heute zu rechtfertigen? 41
   Abhängigkeit vom Begriffe des subj. öffentl. Rechts 42
   Stellung der neueren Wissenschaft 43
   Politische Akte 44
   Höhn 45
   Die Praxis 46
3. Die Rechtsstellung des Einzelnen vor dem Verwaltungsgericht 47
   Mehrheitsabstimmung im Kollegium 48
   Umklammerung 49
   Unabhängigkeit des Zivil- und des Verwaltungsrichters . . . 50

VI. Der Justizstaat im Gesetz.

A. Das Beamtenrecht.

1. Art. 129 RV 53
   Die Uebernahme des Justizstaats u. die Weimarer Verfassung 53
   Kreis der erfaßten Personen 55
   Die Vorfrage nach dem Bestand des Beamtenverhältnisses . 56
   Fürsorgepflicht des Staates 59
   Klagen des Staates gegen den Beamten 59
2. Das Erstattungsgesetz 60

B. Das Amtshaftungsrecht.

1. Art. 131 RV. 63
   Die preußische Gesetzgebung bis 1919 63
   Rechtsweg für Rückgriffsklagen 64
   Der Beschluß des Reichsgerichts vom 20. 2. 1923 65
   Die Ausweitung des Art. 131 66
   Art. 131 und die Beamtenklage des § 142 DBG 70
2. Das Einspruchsverfahren 71
   Das Schrifttum zur Konfliktserhebung 71
   Rechtscharakter der Amtshaftungsansprüche 74
   Das DBG 77

C. Das Enteignungsrecht.

1. Art. 153 RV 77
   Eigentumsgarantie und Enteignungsgesetze 78
   Der erweiterte Eigentumsbegriff in der Rechtsprechung . . 80
   Die Rückkehr zum alten Enteignungsbegriff 82
2. Der Rechtsweg im Enteignungsrecht 84
   Privatrechtliche Auffassung der Enteignung 84
   Verwaltungsgerichte in der Reichsgesetzgebung 85

D. Der Aufopferungseinspruch. 87

   Umgrenzung des § 75 87
   Geltungsbereich 89
   Weitergeltung 90
   Zulässigkeit des Rechtswegs 91

E. Eingriffe in die Freiheit der Person. . . . 92

VII. Der Justizstaat in der Rechtsprechung.

1. Im allgemeinen 93
2. Privatrechtliche Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen 94
verhältnissen 94
a) Aus Vertrag:
Der öffentlich-rechtliche Vergleich 94
Die Hinterlegung 96
b) Aus unerlaubter Handlung
Verkehrssicherungspflicht 97
Der Deliktsanspruch im öffentlichen Recht 99
Die neueste Rechtsprechung 99
3. Ansprüche aus Amtshandlungen ohne gesetzliche Grundlage 100
Entwicklung der Lehre 100
Ihre Zukunft 101
4. Zivilprozeßsachen kraft Ueberlieferung . . 102
RG 92, 310 102
Das Schrifttum 103
Eigene Stellungnahme 105

VIII. Vorfragenentscheidung. 106

Abkürzungen.

ArchcP.	= Archiv für civilistische Praxis.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
DR.	= Deutsches Recht.
DRW.	= Deutsche Rechtswissenschaft.
DV.	= Deutsche Verwaltung.
DVBl.	= Deutsche Verwaltungsblätter.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot.	= Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
RVBl.	= Reichsverwaltungsblatt (früher Reichs- und Preuß. Verwaltungsblatt).
Seuffert.	= J.A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
VA.	= Verwaltungsarchiv
ZAkfDR.	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZStW.	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
GS.	= Preuß. Gesetzsammlung.
Reg.Bl.	= Regierungsblatt für Württemberg.
RGBl.	= Reichsgesetzblatt.
VVG.	= Preuß. Verwaltungsgerichtsgesetz vom 3. 7. 75 (GS. 1880/828).
VRPflG.	= Württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. 12. 76 (Reg.Bl. 485),
GVG.	= Gerichtsverfassungsgesetz vom 21. 1. 77.
LVG.	= Preuß. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 83 (GS. 195).
RBG.	= Reichsbeamtengesetz vom 17. 5. 07 (RGBl. 245).
BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch.
RV.	= Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 19.
PVG.	= Preuß. Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 31
DGO.	= Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 35 (RGBl. I 49)
DBG.	= Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 37 (RGBl. I 39).
ErstG.	= Erstattungsgesetz vom 18. 4. 37 (RGBl. I 461).

I. Einleitung.

1.

Die Arbeit bildet einen Beitrag zu der Frage des Verhältnisses zwischen Justiz (ordentlicher Rechtspflege) und Verwaltung. Die Abgrenzung zwischen beiden Gebieten der Staatstätigkeit war in den Zeitraum, den der bürgerliche Rechtstaat und seine Entstehung ausfüllte, Gegenstand heftiger wissenschaftlicher und politischer Kämpfe. Auf dem Gebiete der Zuständigkeitsabgrenzung, dem eine flüchtige Ueberlegung nur untergeordnete Bedeutung für Grenzfälle zuerkennen wird, wurden grundsätzliche politische und weltanschauliche Streitigkeiten ausgetragen. Nachdem der Aufgang eines neuen Denkens die alten Fragestellungen in den Hintergrund gedrängt hat, kann es heute nicht Aufgabe einer wissenschaftlichen Arbeit sein, sie anders zu erörtern als im Hinblick auf die neuen Aufgaben, die der Verwaltungsrechtswissenschaft, heute gestellt sind. Nach geltendem Rechte lehnt sich der Streit um die Zuständigkeitsgrenzen zwischen ordentlicher Rechtspflege und Verwaltung an die Auslegung des § 13 GVG. an. Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, alle die schwierigen Fragen anzuschneiden, die hier von einem umfangreichen Schrifttum und einer unübersichtlichen Rechtsprechung aufgeworfen sind[1]). Es sollen nur die Fälle erörtert werden, in denen sich die ordentlichen Gerichte nicht auf die Entscheidung von Streitfällen aus dem Gebiete des bürgerlichen Rechts beschränken, sondern auf das Gebiet des öffentlichen Rechts übergreifen. Gerade in der Beurteilung dieser Fälle trafen in der Vergangenheit die Meinungen am schärfsten aufeinander, zugleich ist für die Zukunft der Wert der überlieferten Abgrenzung überhaupt bestritten. Die Arbeit behandelt das heute noch geltende Recht, nicht um seiner selbst willen — die heutige Regelung entspricht nicht planvoller wissenschaftlicher und gesetzgeberischer Ueberlegung, sondern ist weitgehend das Ergebnis geschichtlicher Zufälligkeiten; sie verdient keine systematische Würdigung, — sondern als Hinterlassenschaft des liberalen Zeitalters und als Grundlage für eine etwaige Neuordnung.

Die Aufgabe stellt die Begriffe öffentliches Recht und ordentliche Rechtspflege einander gegenüber. Die Tätigkeit der ordentlichen Rechtspflege in der Entscheidung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten wird dabei als Grenzüberschreitung angesehen. Dies bedeutet bereits die Festlegung auf eine von mehreren möglichen Grenzziehungen zwischen ordentlicher Rechtspflege und Verwaltung: denn nach genauem juristischen Sprachgebrauch bilden die Begriffe öffentliches Recht und ordentliche Rechts-

[1]) Ueber ihren Umfang vgl. etwa den Komm. von Schlegelberger-Nagel. Berlin 1925. S. 23—61.

pflege keinen ursprünglichen Gegensatz. Sie entstammen vielmehr zwei verschiedenen Begriffspaaren: das öffentliche Recht ist der ausschließende Gegensatz zum bürgerlichen Recht. Die Verwaltung ist der ausschließende Gegensatz zur ordentlichen Rechtspflege. Das erste Begriffspaar teilt alle Sätze des materiellen Rechts zwei verschiedenen Gebieten zu. Der zweite Satz unterscheidet zwei Tätigkeiten des Staates, die schon seit der Herausbildung des landesherrlichen Beamtentums von einander im Grundsatz getrennt waren[2]) und sich im Rahmen der Gewaltenteilungslehre als Gegensätze gegenüberstehen. Wenn auch die Trennung beider Gewalten in Deutschland nie so schroff durchgeführt wurde wie in Frankreich, so hat sich doch im letzen Jahrhundert immer mehr der Satz durchgesetzt, daß es — von zahlreichen Ausnahmen abgesehen — Aufgabe der ordentlichen Rechtspflege sei, bürgerlichrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, während der Rechtsschutz in Fragen des öffentlichen Rechts im Grundsatz Sache der Verwaltung oder besonderer Gerichte sei, wie z. B. der Verwaltungsgerichte oder der Staatsgerichtshöfe. Von dieser Verkoppelung der Begriffe ordentliche Rechtspflege und bürgerliches Recht geht die Arbeit aus. Alle Fälle, in denen die ordentlichen Gerichte öffentlichrechtliche Streitigkeiten entscheiden, werden als Ausnahmen zusammengestellt. Ob die zugrundegelegte Auffassung überhaupt aufrecht erhalten werden kann, wird sich im Verlaufe der Erörterungen ergeben.

Für eine Einleitung bleibt übrig, zu bestimmen, was unter „öffentlichem Recht" und „ordentlicher Rechtspflege" zu verstehen ist. Ordentliche Rechtspflege ist zunächst die Tätigkeit der Behörden der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Eine positive Umschreibung des Begriffs läßt sich zwar nicht geben: Die Vielfalt der Aufgaben, die heute von diesen Behörden geübt werden, ist zu groß. Ihre Aufzählung und eine negative Umschreibung des Begriffs der Justiz findet sich bei Kern[3]). Im Rahmen der Aufgabe ist ordentliche Rechtspflege die streitentscheidende Tätigkeit der ordentlichen Gerichte.

Im Gegensatz zum Begriff der ordentlichen Rechtspflege war der des öffentlichen Rechts in der Geschichte noch nie klar festgestellt. Die Abgrenzung von öffentlichem und bürgerlichem Recht war stets umstritten[4]). Heute wird als Merkmal des öffentlichen Rechts das Handeln kraft öffentlicher Gewalt angesehen. Es rechtfertigt die Sonderstellung des Hoheitsträgers[5]). Diese heute herrschende „Subjektionslehre" oder „Mehrwertlehre"[6]) ist der Arbeit zugrunde gelegt. Sie wird heute allgemein anerkannt und Apelt bildet eine Ausnahme, wenn er noch heute auf die Interessenlehre abstellt[7]). Die Untersuchung erstreckt sich dem-

[2]) A. Wagner S. 22.
[3]) S. 353.
[4]) Ueber die zahlreichen Auffassungen vgl. die umfassende Uebersicht bei Mathuse S. 32 ff.
[5]) So etwa Fleiner Institutionen S. 53. Hatschek spricht in den Institutionen S. 15 von der „Befehlsstellung im konkreten Fall".
[6]) Mathuse a. a. O. S. 17.
[7]) S. 25.

nach auf alle Fälle, in denen die ordentlichen Gerichte über Streitigkeiten entscheiden, die nach der Subjektionslehre dem öffentlichen Rechte angehören.

2.

Die hier in Frage stehenden Fälle lassen sich zunächst in zwei große Gruppen gliedern. Es ist zu unterscheiden, ob das Gesetz eine Zuweisung an die ordentlichen Gerichte ausdrücklich vornimmt (Zivilprozeß-Sachen kraft Zuweisung), oder ob die Rechtsprechung Gebiete des öffentlichen Rechts ohne eindeutige gesetzliche Vorschrift im Wege der Auslegung für sich erschließt (Zivilprozeß-Sachen kraft Rechtsprechung). Für den letzteren Fall ist zu beachten, daß die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs selbst wirksam entscheiden können, sofern nicht vor Rechtskraft des Urteils ein Kompetenzgerichtshof eingreift[8]).

Die Hauptfälle gesetzlicher Zuweisung finden sich in den Grundrechten der Weimarer Verfassung verankert. Sie werden zweckmäßig im Anschluß an die drei justizstaatlichen Artikel 129, 131 und 153 RV. behandelt. Die erste größere Gruppe bilden dabei die Gehaltsstreitigkeiten der Beamten, deren Austragung im Zivilrechtsweg durch Art. 129 Abs. 1 Satz 4 RV. gewährleistet wurde. Er brachte nur eine Befestigung des bereits geltenden Rechtszustandes. Schon § 9 GVG. hatte 1879 für alle deutschen Richter sowohl des Reichs als der Länder den Rechtsweg eröffnet. Die gleiche Regelung wurde für alle Beamten im Dienste des Reiches durch das Reichsbeamtengesetz[9]) und für ihre Angehörigen durch das Beamtenhinterbliebenengesetz[10]) getroffen. In den meisten Ländern war dieser Rechtszustand schon seit längerer Zeit geschaffen, wofür das Preußische Gesetz über die Erweiterung des Rechtswegs vom 24. 5. 1861[11]) und das Württembergische Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. 12. 1876[12]) als Beispiele dienen können. Diese Vorschriften werden zwar nach § 142 des neuen Beamtengesetzes keine lange Lebensdauer mehr haben, sie bleiben jedoch bis zur Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichtes in Kraft[13]). Dagegen wurden die entsprechenden Vorschriften für die Soldaten des alten Heeres längst außer Kraft gesetzt. Das Offiziers-Pensions-Gesetz vom 31. 5. 1906 (RGBl. 563), das Militärhinterbliebenengesetz vom 17. 5. 1907 (RGBl. 214) und das Mannschaftsversorgungsgesetz vom 31. 5. 1906 (RGBl. 593) sind zwar noch gültig. Die nach ihren §§ 39, 35 und 42 gegebene Zulässigkeit des Rechtswegs wurde aber durch § 1 des Gesetzes über das Verfahren in Versorgungssachen vom 10. 1. 22 (RGBl. I 59) aufgehoben. Eine Ausnahme besteht nur für die Pensionsansprüche ehemaliger Offiziere[14]). Für Soldaten der neuen Wehrmacht ist der Rechtsweg nach § 31 des Wehrgesetzes vom 21. 5. 35 (RGBl. Teil I 609)

[8]) GVG. § 17.
[9]) Fassung vom 17. 5. 1907 RGBl. 245, § 149.
[10]) Vom 11. 5. 1907 RGBl. 206, § 19.
[11]) Ges. S. 241 § 1.
[12]) Reg.Bl. Art. 2, Z. 1.
[13]) § 182 DBG.
[14]) Mannschaftsversorgungsgesetz § 162.

eröffnet. Daran ist bis jetzt nichts geändert. Beamte der Wehrmacht fallen dagegen unter das DBG. und werden nur noch bis zur Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts den ordentlichen Rechtsweg beschreiten können[15]). Das Gleiche gilt auch für die Angehörigen der deutschen Polizei[16]), für deren Gehaltsstreitigkeiten durch Verordnung vom 7. 1. 1933 (RGBl. I 8) § 8 der Rechtsweg eröffnet ist.

Der Rechtsweg für Ansprüche gegen öffentlichrechtliche Körperschaften aus Amtspflichtverletzung ihrer Beamten war in Reich und Ländern ebenfalls schon vor dem Kriege eröffnet. Er wurde durch Artikel 131 Abs. 1 S. 3 RV. erneut bestätigt und ist auch in § 147 DBG. nicht ausgeschlossen worden. Noch heute gilt demnach das Reichsbeamtenhaftpflichtgesetz vom 22. 5. 1910 (RGBl. 798) § 3 und die entsprechenden Landesvorschriften, so z. B. in Preußen das Gesetz vom 1. 8. 1909 (Ges. S. 691), in Württemberg Art. 202 ff. des Ausführungsgesetzes zum BGB. (Reg.Bl. 545). Die in der Grundbuchordnung enthaltene Haftpflichtvorschrift gemäß § 12 der Fassung vom 24. 3. 1897 (RGBl. 139) ist in der Neufassung vom 5. 8. 1935 (RGBl. I 1073) als überflüssig weggelassen.

Der dritte Hauptfall einer Betätigung der Zivilgerichte auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ist der rechtmäßige entschädigungspflichtige Eingriff des Staates in Freiheit und Eigen, wofür Art. 153 RV. das Hauptbeispiel bildet. Er gibt dem Enteigneten ein Recht darauf, daß wenigstens die Höhe der Entschädigung im Zivilrechtswege festgestellt wird. Wie Art. 129 und 131 hat auch der Art. 153 nur eine nach Landesrecht bereits bestehende Gesetzgebung erneut bekräftigt und verfassungsrechtlich verankert, wobei allerdings schon ein einfaches Reichsgesetz sich über die Verfassungsvorschriften wegsetzen konnte. Als Beispiele für die Landesgesetzgebung können hier herangezogen werden: Das Pr. Grundstücksenteignungsgesetz vom 11. 6. 1874 (GS. 221) § 30 und das Württ. Zwangsenteignungsgesetz vom 20. 12. 1888 (Reg.Bl. 446) Art. 41. Das Reich selbst hat vor dem Kriege ein eigenes Enteignungsrecht nicht besessen. Erst durch die Weimarer Verfassung erhielt es die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Enteignungsrechts[17]) und noch eine besondere Enteignungsbefugnis für die Zwecke von Eisenbahn und Wasserstraßenbau[18]). Seitdem hat es zahlreiche Enteignungsmaßnahmen angeordnet. Dabei fehlt ihm jedoch bis heute ein umfassendes Reichsenteignungsgesetz mit eigenen Verfahrensvorschriften für die Durchführung der Enteignung und die Festsetzung der Entschädigung. Es hat daher nur in einer kleinen Anzahl von Fällen ausdrücklich vorgeschrieben, daß für die Frage der Entschädigung der Rechtsweg offenstehen müsse, so etwa in Gesetzen über einzelne Enteignungsvorhaben wie Turawa und Saaletal. In aller Regel verweisen die besonderen Enteignungsgesetze des Reiches auf die

---

[15]) Anderer Ansicht Brand S. 626. Er nimmt offenbar an, daß das DBG. nicht für Wehrmachtsbeamte gilt. Dies ergibt sich jedoch aus § 171 Abs. 6 DBG. Vgl. auch § 32 Abs. 2 Wehrgesetz.

[16]) Vgl. Polizeibeamtengesetz vom 24. 6. 1937 (RGBl. I 653) § 2.

[17]) Art. 7 Z. 12 RV.

[18]) Art. 90, 97 Abs. 4 RV.

bestehende Landesgesetzgebung, die ja nach Art. 153 RV. die Zivilklage zulassen mußte. Die entsprechenden Gesetze sind unten aufgezählt. Mitunter ist mit ihnen auch die Ermächtigung für die Länder verbunden worden, den Rechtsweg auszuschließen, so z. B. im Reichssiedlungsgesetz von 1919 und in der Oedlandverordnung von 1924. Von dieser Möglichkeit hat z. B. Preußen im Falle der Oedlandverordnung[19]) Gebrauch gemacht. Die weiteren Fälle, in denen das Reich den Rechtsweg überhaupt versperrt, sind bei der Besprechung des Art. 153 gegenübergestellt[20]).

Eine Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe in privates Eigentum kommt nicht nur im Falle der vollständigen Enteignung in Frage. Sie kann auch bei sonstigen rechtlichen und tatsächlichen Eingriffen gewährt werden. Es bestehen keine allgemeinen reichsrechtlichen Grundsätze darüber, ob bei Eingriffen in das private Vermögen Entschädigung zu gewähren und wie sie durchzusetzen sei. Auch hier blieb in der älteren Gesetzgebung die Regelung meist den Ländern überlassen, so etwa im Seuchengesetz vom 30. 6. 1900 (RGBl. 306) § 34 Z. 3 oder im Reichsviehseuchengesetz vom 26. 6. 1909 (RGBl. 519) § 67 und in zahlreichen ähnlichen Gesetzen. Heute regelt das Reich die Entschädigungsfrage selbst, wobei der Zivilrechtsweg regelmäßig ausgeschlossen bleibt. Während so im Reich eine grundsätzliche Regelung fehlt, ist im preußischen Recht die Entschädigungsklage durch § 75 der Einleitung zum ALR. eröffnet. Die Zuständigkeit des Zivilgerichts ergibt sich hier allerdings nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus den Grundsätzen unserer Rechtsprechung. Im Reichsrecht finden sich nur wenig entsprechende Einzelfälle. Dazu gehört die Ersatzklage des Grundeigentümers, der durch die Errichtung einer Telegrafenlinie auf seinem Boden Schaden erleidet (Telegrafenwegegesetz vom 18. 12. 1899 RGBl. 705 § 13), ferner die Klage des gewerblichen Unternehmers, dem die Fortführung seines Betriebs wegen überwiegender Nachteile für das Gemeinwohl untersagt wird (Gewerbeordnung § 51 Abs. 2). Eine ziemlich unklare Bestimmung findet sich neuerdings im Lagerstättengesetz vom 4. 12. 34 (RGBl. I 1223) § 2 Abs. 2, wo wegen der Entschädigung auf die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen verwiesen wird, wenn bei der Erforschung von Lagerstätten durch den Staat Schaden entsteht. Hier kommen in erster Reihe die landesrechtlichen Berggesetze zum Zuge, die Schürfungen nur gegen Entschädigung des Grundeigentümers zulassen und für die Entschädigungsklage den Rechtsweg eröffnen (vgl. Berggesetz für das Königreich Württemberg vom 7. 10. 1874. Reg.Bl. 265 §§ 6, 8 Abs. 4. Es ist dem Pr. Allgemeinen Berggesetz vom 24. 6. 1865 GS. 705 nachgebildet, wo sich aus § 9 ebenfalls die Zulässigkeit des Rechtswegs ergibt). Soweit es sich nicht um Schürfarbeiten im Sinne dieser Gesetze handeln sollte, kann die Bestimmung des Lagerstättengesetzes nur als Hinweis auf Art. 153 RV. oder auf § 75 der Einleitung zum ALR. verstanden werden. Schließlich kann hierher auch noch die Bestimmung des Patentgesetzes gerechnet werden, nach

[19]) Quecke S. 204.
[20]) Siehe hierüber unten S. 136 ff.

der die Berufung gegen die Nichtigkeitserklärung und Zurücknahme des Patents sowie gegen seine Belastung durch eine Zwangslizenz an das Reichsgericht geht (Fassung des Patentges. vom 5. 5. 36 RGBl. II 117 § 42). Alle diese Vorschriften umfassen nur einen beschränkten Kreis von Sachverhalten. Dagegen ist eine Bestimmung des preußischen Landesrechts von großer Bedeutung in der Praxis: Wer durch polizeiliche Maßnahmen betroffen wird, die zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegen ihn durchgeführt werden, obwohl er für sie nicht verantwortlich ist, kann Schadensersatz vor dem Zivilrichter verlangen (PVG. §§ 70/72: sogenannter polizeilicher Notstand).

Im Anschluß an diese Gesetze verdienen noch zwei weitere Bestimmungen Erwähnung, nach denen der Staat zur Entschädigung für rechtmäßig erfolgte Eingriffe in die persönliche Freiheit des Volksgenossen verpflichtet ist. Wer unschuldig in Untersuchungshaft gesessen oder unschuldig eine Freiheitsstrafe verbüßt hat, kann im Zivilrechtswege auf Entschädigung klagen, wenn er sich mit der Enscheidung durch den Reichsjustizminister nicht zufrieden geben will.

Die Gesetzesübersicht ist abzuschließen, indem noch einige Fälle erwähnt werden, die sich der Einordnung unter die bisher vorgetragene Einteilung entziehen. So setzt das Postgesetz vom 13. 2. 1871 (RGBl. 347) in den §§ 14 und 25 Abs. 3 für Streitigkeiten den Rechtsweg fest, die aus dem Verlust von Postsendungen oder über Gebühren entstehen. Ebenso legt auch das Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. 1. 1928 (RGBl. I 8) in drei Bestimmungen die Zulässigkeit des Rechtswegs fest, obwohl es sich nach heute herrschender Auffassung um die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt handelt. Dies gilt bei Streitigkeiten über die Frage, ob eine von der Reichspost nicht selbst eingerichtete Fernmeldeanlage gebührenfrei errichtet und betrieben werden darf (§ 3 Abs. 3), bei Streitigkeiten über Gebühren (§ 9 Abs. 1 Satz 2) und darüber, wer zur Beseitigung von Störungen verpflichtet ist, die durch die Einwirkung von Reichspost-Fernmeldeanlagen und anderen elektrischen Anlagen auf einander entstehen (§ 24). Hier muß bemerkt werden, daß es sich — insbesondere gilt dies für den Gebührenstreit — um Ansprüche handelt, die oft für privatrechtlich gehalten wurden. Erst in neuerer Zeit wird das Kundenverhältnis gegenüber der Post durchweg dem öffentlichen Recht unterstellt[21]), und der Gesetzgeber hat hier weniger einen bewußten Schritt zum Justizstaat unternommen als seiner noch vorwiegend privatrechtlichen Auffassung vom Rechtsverhältnis zwischen der Reichspost und dem Postkunden Ausdruck gegeben. Schließlich bietet auch das neueste Recht ein Beispiel für eine justizstaatliche Regelung auf einem besonderen Rechtsgebiet: Die neue Hinterlegungsordnung[22]) eröffnet den Rechtsweg in ihrem § 3 Abs. 5 für alle Streitigkeiten aus der amtlichen Hinterlegung von Geld und andern Gegenständen beim Amtsgericht. Sie bildet damit

[21]) Scholz, Auslegung S. 235. Apelt S. 63.
[22]) Vom 12. 3. 1937 (RGBl. I 285) § 3 Abs. 5.

einen besonders bemerkenswerten Punkt in einer Gesetzgebung, die sonst weitgehend vom ordentlichen Rechtsweg abkommt.

Im Anschluß an die Fälle gesetzlicher Zuweisung von öffentlichrechtlichen Streitsachen an die Zivilgerichte ist noch über die Rechtsprechung zu handeln, die das Gebiet des Zuständigkeitsrechts ebenfalls sehr stark beeinflußt hat. Es sollen hier drei Grundsätze der reichsgerichtlichen Rechtsprechung herausgestellt werden, die zu einer Erweiterung des Zivilrechtswege geführt haben:

1. Nach Ansicht des Reichsgerichts entstehen auch aus öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen bürgerlichrechtliche Ansprüche. Dies gilt sowohl für das Gebiet des Vertragsrechts als für das der unerlaubten Handlung.

2. Nach Ansicht des Reichsgerichts entstehen privatrechtliche Verpflichtungen aus Amtshandlungen, wenn sie jeder gesetzlichen Grundlage entbehren.

3. Eine große Zahl von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten wird von den Zivilgerichten auf Grund ihrer überlieferten Zuständigkeit entschieden, obwohl sie sich im Grundsatze von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten fernhalten.

Wenn mit der vorliegenden Uebersicht das Feld der Betätigung des Zivilrichters auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts umschrieben ist, so ist abschließend noch auf eine Besonderheit hinzuweisen: Soweit Fragen des öffentlichen Rechts nur als Vorfragen vor dem Zivilrichter erscheinen, können sie stets von ihm entschieden werden. Eine Arbeit, die den Justizstaat in Deutschland zu umreißen versucht, kann auch an dieser Erscheinung nicht vorübergehen.

Uebersicht
über noch gültige, justizstaatliche Reichsgesetze.

I. Fälle aus dem Gebiet des Art. 129 RV.:
GVG. vom 27. 1. 1877 § 9.
Offizierspensionsgesetz vom 31. 6. 1906 § 39.
RBG. vom 17. 5. 1907 § 149.
Beamtenhinterbliebenengesetz vom 17. 5. 1907 § 19.
Wehrgesetz vom 21. 5. 1935 § 31.
VO. über die Rechtsverhältnisse der Angehörigen der Landespolizei vom 7. 1. 1936 § 8.

II. Fälle aus dem Gebiet des Art. 131 RV.:
Reichsbeamtenhaftpflichtgesetz vom 22. 5. 1910 § 3.

III. Der rechtmäßige Eingriff des Staates in Freiheit und Eigen:

1. Fälle aus dem Gebiet des Art. 153 RV.
   a) Der Rechtsweg wurde ausdrücklich vorgeschrieben:
      Städtebau VO. (zweite Not-VO. vom 5. 6. 31 RGBl. I 309 in der

Fassung des Gesetzes vom 19. 3. 1935) § 7 Abs. 2 (verlängert durch Gesetz vom 7. 4. 1937 RGBl. I 441).
Gesetz für das Staubecken Turawa vom 4. 12. 34 (RGBl. I 1201) § 9.
Gesetz über den Bau der Saaletalsperre bei Hohenwarthe vom 13. 2. 1935 (RGBl. I 189) § 13 Abs. 2.

b) Der Rechtsweg wurde durch Verweisung auf den Landesgesetzgeber mittelbar vorgeschrieben:
Reichsbahngesetz vom 13. 3. 1930 (RGBl. II 369) § 38 Abs. 2 S. 4.
VO. des Reichspräsidenten über Maßnahmen auf dem Gebiete der Finanzen, Wirtschaft- und Rechtspflege vom 18. 3. 1933 (RGBl. I 109) Kapitel XVIII Art. 2 Satz 3.
Luftverkehrsgesetz vom 15. 12. 1933 (RGBl. I 1077) § 15 Absatz 2 S. 3.
Gesetz über die Errichtung des Unternehmens „Reichsautobahnen" vom 18. 12. 1933 (RGBl. I 1081) § 9 Abs. 3.
Luftschutzgesetz vom 26. 6. 1937 (RGBl. I 827) § 4.
Energiewirtschaftsgesetz vom 13. 12. 1935 (RGBl. I 1451) § 11 Abs. 2.

c) Die Frage des Rechtswegs wurde durch Verweisung auf den Landesgesetzgeber offengelassen:
Reichssiedlungsgesetz vom 11. 8. 1919 (RGBl. I 1429) § 15 Abs. 4.
Oedland-VO. vom 13. 2. 1924 (RGBl. I 111) § 2 Satz 3.

2. Fälle aus dem Gebiet des § 75 der Einleitung zum ALR.:
Telegrafenwege-Gesetz vom 18. 12. 1899 (RGBl. 705) § 13.
Gewerbeordnung vom 26. 7. 1900 (RGBl. 871) § 51 Abs. 2.
Patentgesetz vom 5. 5. 1936 (RGBl. II 117) § 42.
Lagerstättengesetz vom 4. 12. 1934 (RGBl. I 1223) § 2 Abs. 2.
(Im Landesrecht: § 70 Polizeiverwaltungsgesetz.)

3. Fälle rechtmäßiger Freiheitsentziehung:
Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. 7. 1900 (RGBl. 321) § 6 Abs. 3.
Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. 5. 1898 (RGBl. 345) § 5 Abs. 3.

IV. Sonstiges.
Postgesetz vom 13. 2. 1871 §§ 14 und 25.
Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. 1. 1928 §§ 3 Abs. 3, § 9 Abs. 1 Satz 2 und § 24.
Hinterlegungsordnung vom 12. 3. 1937 § 3 Abs. 5.

II. Geschichte und Ursachen des Justizstaates.

1.

Soll Sinn und Zweck einer justizstaatlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung in Gegenwart und Zukunft verfolgt werden, so ist ein kurzer Rückblick in die Geschichte der justizstaatlichen Bestrebungen unerläßlich. Er soll im allgemeinen zeigen, was die Zuständigkeit der Zivilgerichte auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zu bedeuten hat. Ihre einzelnen Fälle werden später erörtert.

Als Grundlage für die gesamtdeutsche Entwicklung ist die preußische Rechtsgeschichte zu betrachten. Nicht nur, weil im größten deutschen Land Gerichte und Verwaltungsbehörden am heftigsten um ihre Zuständigkeit kämpften, weil die Wissenschaft das Für und Wider hier nach allen Seiten abwog, sondern auch deshalb, weil die preußischen Auffassungen nach der Reichsgründung von 1871 im Reichsrecht ihren Niederschlag fanden und andere Rechtsgedanken verdrängten, wie sie bis dahin z. B. in der württembergischen Zuständigkeitsgesetzgebung zum Ausdruck gekommen waren[23]). Es ist deshalb notwendig, den äußeren Ablauf der preußischen Rechtsgeschichte mit wenig Worten darzustellen. Da sie im Schrifttum bereits erschöpfend behandelt ist, kann es sich nur um eine Wiederholung schon bekannter Tatsachen handeln[24]).

In Preußen hatte die Entwicklung bis zur zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts dahin geführt, daß Streitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörde und Bürger regelmäßig von der Verwaltung selbst in eigener Zuständigkeit entschieden wurden. Hiezu stand ein eigenes Verfahren zur Verfügung. Die Einrichtung führte im Sprachgebrauch der Zeit den Namen der „Kameralgerichtsbarkeit". Diese Zuständigkeitsverteilung, die dem heutigen Denken wieder naheliegt, blieb auch von der umfassenden gesetzgeberischen Regelung unberührt, die im Ressortreglement von 1749 die Verhältnisse der Justiz neuordnete. Eine Aenderung trat erst 1782 ein, als bei den Verwaltungsbehörden eigene Kollegien zur Entscheidung der anfallenden streitigen („contentiösen") Verwaltungssachen eingerichtet wurden. Diese „Kammerjustizdeputationen" waren mit Verwaltungsbeamten und richterlichen Beamten besetzt und hatten so den Anschein richterlicher Unabhängigkeit für sich. Sie erinnern nach ihrem Aufgabenbereich und ihrer Zusammensetzung an die neuere Verwaltungsgerichts-

[23]) Ueber die besonderen Seiten der württ. Entwicklung vgl. Bühler S. 15 ff, 32 ff., 43 ff.

[24]) Grundlegend ist die Arbeit von Leoning: „Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen" (VA. 1891, S. 217–289, 437–473. VA. 1895, S. 91–177, 510–585). Ein Teil der gesetzlichen Unterlagen findet sich bei Stölzel. Unter neuen Gesichtspunkten hat A. Wagner die Entwicklung gewürdigt. Vgl. ferner Bühler S. 6 ff.

barkeit, behandelten allerdings vorwiegend Streitigkeiten fiskalischer Art. So war im letzen Viertel des 18. Jahrhunderts ein ausreichender Rechtsschutz in Verwaltungssachen gewährleistet. Trotzdem setzten sich an seinem Ende noch neue Gedanken durch, gefördert von den verantwortlichen preußischen Ministern, die im Gedankenkreis des Naturrechts lebten[25]). Das justizstaatliche Denken errang seinen ersten großen Sieg im Jahre 1797. Damals wurde anläßlich der dritten polnischen Teilung für die neuerworbenen Gebiete die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte auch gegenüber Maßnahmen der Verwaltung eingeführt. Auf die Einrichtung von Kammerjustiz-Deputationen wurde verzichtet. Sie kamen schließlich für ganz Preußen in Wegfall mit der VO. vom 20. 12. 1808 (GS. 1817, S. 282). Wenn auch ihre Tragweite im einzelnen umstritten ist[26]), so steht doch fest, daß sie die größte Erweiterung der zivilgerichtlichen Zuständigkeit für Gesamtpreußen darstellt, indem sie in § 34 festlegt: „Fiskus entsagt in Absicht der Zivilprozesse gänzlich seinem bisherigen privilegierten Gerichtsstande und ist daher bei demjenigen Gerichte zu klagen oder sich einzulassen verbunden, vor welches die Sache gehören würde, wenn sie bloß zwischen Privatpersonen schwebte." Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Begriff fiskalischer Tätigkeit im Sinne der damals herrschenden Fiskuslehre jede vermögensrechtliche Betätigung umfaßt. Wenn also auch die §§ 35 ff. der VO. für Landeshoheits-, Polizei- und Finanzsachen einer allzuweiten Ausdehnung der Zivilrechtsprechung einen Riegel vorschieben, so findet hier doch der Gedanke einer umfassenden gerichtlichen Zuständigkeit für die Entscheidung streitiger Rechtsfragen seinen Ausdruck. Ausgehend von diesem Zeitabschnitt des späten Naturrechts ragen seine Auswirkungen in die heutige Zeit herein.

In der Folgezeit engten zahlreiche Kabinettsorders, Gesetze und Verordnungen, sowie die Praxis der Verwaltungsbehörden die Bedeutung der VO. von 1808 wieder ein. Als Beispiele seien hier genannt: Die Kabinettsordre vom 7. 7. 1830 verwehrte den Gerichten, Gehaltsklagen von Beamten entgegenzunehmen. Die Kabinettsordre vom 4. 12. 1831 schränkt den Rechtsweg für Ersatzansprüche aus hoheitlichen Handlungen des Staates ein (GS. 255). Das Gesetz vom 11. 5. 1842 (GS. 192) beseitigte die Möglichkeit einer Ersatzklage aus den Folgen von polizeilichen Verfügungen fast ganz. Dagegen ließ das Konfliktsgesetz vom 13. 2. 1854 die Zuständigkeit der Gerichte für Amtshaftungsklagen im Grundsatz bestehen (GS. 86). Ueber die Frage der Amtspflichtverletzung konnte eine aus Vertretern von Justiz und Verwaltung gemischte Behörde entscheiden, nämlich der 1847 errichtete Kompetenzgerichtshof.

Während der Gesetzgeber vor den 48er Jahren bemüht war, der Verwaltung auf dem ihr eigenen Gebiete eine möglichst wenig eingeschränkte Entscheidungsmacht zu wahren, gelangten in der zweiten Hälfte des

[25]) Unter Friedrich dem Großen und seinem Nachfolger waren hinter einander drei bedeutende Naturrechtler Justizminister, v. Cocceji, der Großkanzler Carmer und Svarez.

[26]) A. Wagner S. 59.

Jahrhunderts liberale und demokratische Staatsgedanken immer mehr zum Durchbruch. Seitdem erfuhr der Gedanke des Justizstaats auch von der Seite des Gesetzgebers her Förderung. Als Beispiel kann insbesondere das pr. Gesetz vom 24. 5. 1861 (GS. 241) über die Erweiterung des Rechtswegs dienen, das unter Aufhebung der Kabinettsordre von 1830 den Rechtsweg für Beamtenansprüche eröffnete. Es wurde ebenso wie das württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. 12. 1878 (Reg.Bl. 485) von der Regierung aus vorgeschlagen. Wie schon der Vergleich dieser beiden Gesetze ergibt, handelt es sich jetzt immer mehr um eine reichseinheitliche Entwicklung. Sie findet ihren Ausdruck in einer Reihe von Reichs- und Landesgesetzen, die den Rechtsweg vor den Zivilgerichten auch in Angelegenheiten der Verwaltung eröffnen und zum Teil noch heute in Kraft sind. Insbesondere zeigt sich diese Entwicklung bei den Gehaltsansprüchen der Beamten, auf dem Gebiet der Amtshaftungsklage und im Enteignungsrecht, wo die drei justizstaatlichen Artikel der Weimarer Verfassung den Schlußpunkt unter sie setzen. Das zweite Merkmal des Zeitabschnitts ist die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern. Wenn ihre Schöpfer auch im wesentlichen von praktischen Gesichtspunkten ausgingen, so zeigt sich hier doch der Ansatzpunkt zu einer Entwicklung, die der justizstaatlichen zuwiderläuft und heute in weiterem Vordringen begriffen ist. Zunächst ließen allerdings die Verwaltungsrechtspflegegesetze die bestehenden justizstaatlichen Vorschriften unberührt.

An der wechselvollen Geschichte können wir eines ablesen: Die Gesetze und Rechtsprechungsgrundsätze, die die Bereiche von ordentlicher Rechtspflege und Verwaltung abgrenzen, sind nicht aus einer einheitlichen Geisteshaltung und aus einer geradlinigen Entwicklung erwachsen. Sie entspringen zwei verschiedenen Rechtsanschauungen: der Vorstellung von einer umfassenden Zuständigkeit der Gerichte in der Entscheidung aller Rechtsfragen, der Vorstellung vom Justizstaat, steht die andere gegenüber, die es der Verwaltung überläßt, Rechtsfragen aus ihrem eigenen Gebiete selbständig zu entscheiden. Geschichte und Wirksamkeit dieses Kampfes hat A. Wagner in seinem Werke: „Der Kampf der Justiz gegen die Verwaltung in Preußen" scharf herausgearbeitet. Hier sind zunächst noch die Ursachen aufzusuchen, die für das Aufkommen und die Durchsetzung der justizstaatlichen Gedanken entscheidend waren.

Für jede Zuständigkeitsregelung können Gründe der Zweckmäßigkeit und des Sinnzusammenhanges geltend gemacht werden. Sinn und Zweck einer Maßnahme werden dabei im engen Zusammenhang mit der Gesamthaltung ihrer Zeit stehen. So ergeben sich in der Geschichte für eine justizstaatliche Bewegung zwei Gründe: Das Bedürfnis nach Rechtsschutz auf dem Gebiete der Verwaltung und die Vorherrschaft liberalistischer Anschauungen auf weltanschaulichem und rechtlichem Gebiete. Beide Beweggründe sind bei den Vertretern justizstaatlicher Forderungen aufs engste miteinander verbunden, sie verstärken und ergänzen sich gegen-

seitig und werden in ihrer Verbindung noch von Zweckmäßigkeitserwägungen gefördert. Es entspringen ihnen wissenschaftliche Lehren und Begriffe, die nach ihrer Durchsetzung durch ihr eigenes Gewicht geeignet sind, die justizstaatliche Entwicklung weiter vorwärts zu treiben. Die im Folgenden aufgestellte Unterscheidung soll einzelne Entwicklungslinien herausstellen und zeigen, daß Gesetzgeber und Wissenschaft nicht nur von doktrinären liberalistischen Gedankengängen beherrscht wurden, sondern auch auf ihre Weise versuchten, vorhandenen Bedürfnissen gerecht zu werden.

Ein gerichtlicher Rechtschutz auch in Streitigkeiten öffentlichrechtlicher Natur hat in Deutschland von jeher bestanden. Dem alten Rechte war der Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte als Ordnungsgrundsatz und Zuständigkeitsgrenze fremd: So konnten denn auch die Stände, als sich die zwei Reichsgerichte des Mittelalters herausgebildet hatten, ihr Recht gegen ihre Landesherren suchen, ohne daß irgend ein Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Streitigkeiten gemacht worden wäre[27]). Es handelt sich um das Reichskammergericht, dessen Errichtung im Jahre 1495 beschlossen wurde[28]), und um sein kaiserliches Gegenunternehmen in Wien, den Reichshofrat, der 1498 in neuer Form errichtet wurde. Diese Gerichte haben jahrhundertelang über Streitigkeiten auch des öffentlichen Rechts entschieden und sich trotz der Machtlosigkeit von Kaiser und Reich einen gewissen Einfluß gewahrt. So haben noch im Jahre 1763 die württ. Stände gegen Herzog Karl-Eugen wegen Bruchs der Verfassung ein obsiegendes Urteil beim Reichshofrat errungen, dem sich der Herzog schließlich fügen mußte, freilich nicht so sehr aus Angst vor der Reichsexekution, als vor seinen eigenen Ständen und vor Friedrich dem Großen, der sich einzumischen drohte[29]). Ebenso hat der Reichshofrat über Klagen aus Amtspflichtverletzungen fürstlicher Beamten entschieden, wofür A. Wagner[30]) Beispiele gibt. Eine umfassende Zusammenstellung von praktischen Rechtsfällen aus der Rechtsprechung des Reichskammergerichts findet sich auch bei Pfeiffer[31]). Den entsprechenden Vorgang im österreichischen Landesrecht zeigt Tezner[32]) auf, der Klagen der Untertanen gegen rechtswidrige Gefangenhaltung, gegen Rechtsverweigerung, gegen ungerechte Auflagen und Hebungen erwähnt.

Der Rechtsschutz, den die Reichsgewalt gewährte, entfiel mit ihrer fortschreitenden Schwächung. Für die Kurfürstentümer hatte er schon nach der Goldenen Bulle von 1356 nicht bestanden, worauf auch die preußische Sonderentwicklung zurückgeht. Die endgültige Anerkennung seiner Befreiung von der Reichsgerichtsbarkeit erlangte allerdings erst

[27]) Ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen Kaiser und Reich konnte allerdings auch damals nicht stattfinden, da die Rechtsprechung in ihrem Auftrage erfolgte. Der Kaiser war jedoch dem Rechte stets unterworfen und den Ständen zur Erhaltung ihrer Gerechtsame verpflichtet.

[28]) v. Schwerin S. 266 ff.

[29]) Goez S. 4.

[30]) S. 63.

[31]) S. 68 ff.

[32]) S. 16/17.

Friedrich der Große für alle preußischen Staaten im Jahre 1751[33]). Auch andere Landesherrn erwarben im Laufe der Zeit vom Kaiser Privilegien oder hinderten ihre Stände mit Gewalt daran, ihr Recht außerhalb der Landesgrenzen zu suchen[34]). So hat Hessen-Kassel schon vor 1800 die von den Reichsgerichten ausgeübte Rechtsprechung auf sein Oberappellationsgericht in Kassel übernommen. Damit war der erste deutsche Justizstaat geschaffen, aus dessen Praxis heraus der Oberappellationsgerichtsrat Otto Bähr seinen „Rechtsstaat" schrieb. Spätestens endete jedoch die Zuständigkeit der Reichsgerichte mit der Niederlegung der deutschen Kaiserkrone durch Franz II. im Jahre 1806. Es gab seitdem keine Stelle mehr, die gegen den souveränen Landesherrn oder seinen Machtapparat ein Urteil hätte fällen können. Den Landesgerichten gegenüber nahm der Landesherr die gleiche unangreifbare Stellung ein, die der Kaiser gegenüber den Reichsgerichten innegehabt hatte. Gerichte, deren besondere Aufgabe es war, den Untertanen in Fragen des öffentlichen Rechts Rechtsschutz zu gewähren und so die 1806 unterbrochene Entwicklung fortzusetzen, traten erst später wieder ins Leben: Baden schuf 1863 das erste Verwaltungsgericht (Badisches Verwaltungsgesetz vom 5. 10. 1863 Reg.Bl. S. 399). Preußen folgte mit der Einrichtung des Oberverwaltungsgerichts (Verwaltungsgerichtsgesetz vom 3. 7. 1875 GS. 375). Württemberg errichtete seinen Verwaltungsgerichtshof durch das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 10. 12. 1876 (Reg.Bl. 845) [35]). In der Zwischenzeit klaffte eine Lücke in der Geschlossenheit der Rechtsschutzordnung, jedenfalls soweit der Rechtsschutz durch besonders hiezu berufene Stellen in Frage steht. Sie ist deshalb zu bedauern, weil der Gedanke im deutschen Rechtsempfinden verwurzelt ist, daß auch die Beziehungen zwischen Obrigkeit und Untertan, zwischen Gemeinschaft und Volksgenossen Rechtsbeziehungen sind. Der Gedanke eines Verwaltungsrechtsschutzes ist deshalb nicht nur „liberalistisch"[36]), er entspringt durchaus alter deutscher Ueberlieferung. Auch heute ist allgemein anerkannt, daß ein geordnetes Verfahren zum Schutze gegen Uebergriffe der Verwaltung bestehen muß. Diese Ansicht vertritt auch Höhn[37]), der im übrigen in der Frage des Rechtsschutzes in der Verwaltung seine eigenen Wege geht. Der Mangel eines Verfahrens mußte in einer Zeit besonders nachteilig empfunden werden, da in vielen der deutschen Duodezstaaten das Gefühl für die innere Zusammengehörigkeit von Fürst und Volk im Schwinden war und die nationalen Strömungen mit den liberalen Hand in Hand gingen.

Der Gedanke lag nahe, die Entscheidung in streitigen Verwaltungssachen dem Zivilgerichte zu übertragen und die Einheitlichkeit des Rechtsschutzes auch in seiner äußeren Organisation herzustellen. Wenn

[33]) Ipsen S. 59.
[34]) Meyer-Anschütz S. 656.
[35]) In Württemberg hatte allerdings seit 1819 der Geheime Rath eine Tätigkeit ausgeübt, die sachlich nichts anderes als Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutete. Bühler S. 36 ff.
[36]) Siehe Tezner S. 24.
[37]) DRW. S. 70.

aber diese Forderung zum Programmpunkte der Paulskirche geworden ist, so lag der Grund dazu keineswegs nur in dem Bedürfnis, einen Schutz gegen Uebergriffe der Verwaltung aufzubauen. Im Art. 184 der Frankfurter Reichsverfassung steht vielmehr als Satz, der Gewordenes zerstören sollte: „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hört auf". Hier kommt die Vorherrschaft eines individualistischen[38]) Denkens und ein offenes Mißtrauen gegen die Tätigkeit der Verwaltung zum Ausdruck, genährt von der Vorstellung, daß sich Einzelner und Staat notwendig als Feinde gegenüberstehen müssen. Das Recht, „das mit ihm geboren", nahm der Bürger in seinem Gegensatz zum Staat ganz für sich in Beschlag. Den unabhängigen Richter betrachtete er als Wahrer seiner Freiheit. So erklärt es sich, daß die Durchsetzung des „Rechts" im Weimarer Gesetzesstaat zum Selbstzweck wurde[39]), und daß dieses Recht schließlich die Beziehungen zur Wirklichkeit verlor. Diese Auffassungen kommen auch im Sprachgebrauch der Zeit zum Ausdruck: Dem „Rechts"Anwalt gegenüber verkörpert der „Staats"Anwalt die staatlichen Machtansprüche[40]). Das „ordentliche" Gericht[41]) ist berufen, im „geordneten" Rechtswege[42]) die Verwaltung zu „kontrollieren"[43]). Nur aus dieser doktrinären Vorstellung heraus läßt sich die Abschaffung der Kammerjustizdeputationen in Preußen erklären ebenso wie die Heftigkeit des späteren Kampfes gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit, für dessen völlige Unsachlichkeit Wagner Beispiele gibt[44]). Als besonders lehrreich können die von ihm wiedergegebenen Ereignisse von 1848 in Baden betrachtet werden: Dort wollte die Zweite Kammer die Strafverfolgung von Amtspflichtverletzungen ohne vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Behörde einführen. Obgleich nach dem Zugeständnis eines Abgeordneten ein Anlaß zur Beschwerde überhaupt nicht vorhanden war, griffen die Volksvertreter diesen Punkt mit einem kaum mehr zu überbietenden demagogischen Eifer auf, und ihre Ausführungen strotzen von Haß gegen die ganze Tätigkeit der Behörden. Was die Stellungnahme der Wissenschaft anlangt, so sind die Ausführungen von B. W. Pfeiffer besonders bemerkenswert, die er in seiner Schrift: „Die Unabhängigkeit des Richterstandes" macht. Die Zuständigkeit, die er den Gerichten in seiner Umschreibung des Begriffs „Justizsachen" zuweist[45]), umfaßt die Entscheidung aller irgendwie streitigen Rechtsfragen und unterwirft damit jede Verwaltungs- und Regie-

[38]) Unter Individualismus wird hier eine Weltanschauung verstanden, die das Individuum zum Grundwert und Maßstab aller staatlichen Tätigkeit macht, nicht der Gebrauch der Vorstellung vom Rechtssubjekt.

[39]) Genau das Gegenteil sagt die nationalsozialistische Weltanschauung, wenn sie das Recht als Mittel zur Erhaltung des Volkes anspricht. Vgl. Reichsminister Frank in der ZAkfDR. 1935 S. 613 Vorwort.

[40]) Carl Schmitt ZAkfDR 1935, 435 ff.

[41]) So § 13 GVG. Diese wertenden Ausdrücke müssen aus einer zukünftigen Gerichtsverfassung verschwinden. Ordentliche Gerichte können nur noch im Gegensatz zu besonderen stehen.

[42]) So noch RG. 65, 113 (117) im offenbaren Gegensatz zu dem doch auch nicht ungeordneten Verfahren der Verwaltungsbehörden.

[43]) Gneist S. 148.

[44]) A. Wagner S. 77.

[45]) S. 309 Nr. 18.

rungsmaßnahme der richterlichen Nachprüfung. Ausgangspunkt seiner Forderung sind dabei nicht etwa die Erkenntnis praktischer Notwendigkeiten, sondern höchst unklare und idealisierte Vorstellungen von der Erhabenheit gerichtlicher Gerechtigkeitspflege[46]). Man kann mit Rücksicht auf diese Einflüsse die justizstaatlichen Gesetze in Deutschland als Erzeugnis einer überwundenen Zeit kennzeichnen. Die Frage bleibt zu untersuchen, ob die heutige Zeit sie mit ihren Bedürfnissen vereinbaren kann.

Der Zug der Zeit führte schon im Naturrecht zur Ausbildung besonderer wissenschaftlicher Anschauungen und Lehrsätze, die geeignet waren, die Zuständigkeit der Zivilgerichte zu erweitern. So zeigte sich die maßgebende Bedeutung des Einzelnen und seiner Belange für das ganze Rechtssystem in der Entwicklung der Begriffe, die seinen geschützten Rechtskreis bezeichnen sollen. Es tauchen die Begriffe des subjektiven Rechts, des besonderen Rechts, des wohlerworbenen Rechts auf (jus quaesitum). Sie haben später ihre eigene Bedeutung angenommen, insbesondere der Begriff des wohlerworbenen Rechts durch seine Verwendung in Art. 129 RV.[47]). Ursprünglich umschreiben sie alle den geschützten Rechtskreis der Privatperson. Es handelt sich also um besonders anerkannte, gerichtlich einzuklagende Rechte, wie die aus dem Eigentum oder aus Verträgen fließenden. Ein Beispiel aus der Gesetzgebung ist der berühmte § 75 der Einleitung zum ALR., der als allgemeiner Grundsatz eine Entschädigungspflicht des Staates für Eingriffe in die „besonderen" Rechte[48]) seiner Bürger festlegt. Für die vorliegende Betrachtung ist wesentlich, daß das Zusammentreffen eines solchen „Privatrechtstitels" mit der öffentlichen Gewalt vor die ordentlichen Gerichte gehört[49]). Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß hier der Staat das Gebiet des öffentlichen Rechts verläßt, weil er in Privatrechte eingreift. Man kann sich in jener Zeit ein subjektives Recht nur als Privatrecht denken: Es ist das Recht des Einzelnen im Gegensatz zu den Rechten des Landesherrn[50]). Der Ort des Anspruchs und seine gerichtliche Austragung bestimmt sich nach dem verletzten Rechtsgut. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf das Beamtenrecht ergibt z. B. bei Zachariä folgendes Bild[51]): „Privatrechtlich ist alles dasjenige in dem Rechtsverhältnisse des Staatsdieners, was wirklich den Charakter eines seiner Person zustehenden Rechtsanspruches hat oder als Bestandteil der besonderen Rechtssphäre des Individuums betrachtet werden muß".

[46]) Vgl. etwa S. 3, 5, 301 f.

[47]) Koellreuter weist in seinem „Deutschen Verfassungsrecht" S. 83 zutreffend darauf hin, daß das wohlerworbene Recht des Art. 129 im Grunde nichts anderes als ein subjektives öffentliches Recht sei.

[48]) § 75 lautet: „Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt ist, zu entschädigen gehalten".

[49]) Gneist S. 253.

[50]) Der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts ist erst spät von der neueren Verwaltungsrechtswissenschaft herausgearbeitet worden. Vgl. besonders G. Jellinek: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte 1905.

[51]) H. A. Zachariä: Deutsches Staats- und Bundesrecht Göttingen 1842 Band II S. 30.

Der Begriff des besonderen Rechts enthält noch nichts über Art und Zahl dieser Rechte. Er stellt vielmehr einen Sammelbegriff dar für die von Wissenschaft und Rechtsprechung festzulegenden Rechte, die eben deshalb als wohlerworbene und besondere gegen Eingriffe von jeder Seite besonderen Schutz genießen, insbesondere im Falle der Verletzung durch den Staat Entschädigungsansprüche begründen, die gerichtlich geltend gemacht werden können. Sie stehen damit im Gegensatz zu den sonstigen „allgemeinen" Rechten, die sich aus dem Gesetz ergeben. Die Unterscheidung findet sich schon bei Pütter, der über die Rechte der Untertanen folgendes ausführt[52]: „. . . und so müssen alle Gerechtsame allen und jeden Unterthanen erhalten bleiben, so, daß der Unterthanen natürliche Freiheit zwar eingeschränkt, aber keinem sein wohlerworbenes Recht (jus quaesitum), . . . genommen werden kann". Sie entspricht ganz der Unterscheidung, die die neuere Verwaltungsrechtswissenschaft zwischen dem subjektiven öffentlichen Rechte und dem bloßen Reflexrechte macht[53]), auf dessen Durchsetzung kein Rechtsanspruch besteht, während das subjektive öffentliche Recht besonderen Schutz genießt, in Ländern mit einer Generalklausel für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte regelmäßig vor ihnen geltend gemacht werden kann.

Da die Zahl der besonders geschützten Rechte nicht von vornherein festgelegt war, konnte Rechtsprechung und Wissenschaft die Zuständigkeit der Gerichte gerade hier erweitern. Fleiner[54]) weist darauf hin, wie der Begriff des wohlerworbenen Rechts zunächst mehr rechtsphilosophische Bedeutung hatte und etwa mit den allgemeinen Menschenrechten gleichzusetzen war, während er später die durch besonderen Rechtstitel begründeten Rechte umfaßte. Welche Möglichkeiten sich hier ergaben, zeigt etwa das Beispiel von Otto Bähr[55]), der 1863 die sämtlichen Menschenrechte der französischen Revolution, wie Unverletzlichkeit der Wohnung und Freiheit der Person, zu subjektiven Privatrechten erklärte, aus deren Verletzung der Staat privatrechtlich haften sollte. Auch die Praxis der Gerichte hat von der hier eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, wie die oben angeführten preußischen Gesetze und Kabinettsordres beweisen, die bestimmt waren, ihr entgegenzuwirken, insbesondere die Kabinettsordre von 1831: sie nahm ausdrücklich gegen die ausdehnende Auslegung des § 75 Stellung und legte fest, daß die Ausübung von Hoheitsrechten nicht deshalb Gegenstand gerichtlicher Verhandlung sein könne, weil sie Folgen für den besonderen Rechtskreis des Einzelnen habe.

Von weit größerer Bedeutung als der Begriff des wohlerworbenen Rechts war für die Ziviljustiz die Fiskuslehre[56]). Sie diente ebenfalls der

---

[52]) Band I S. 150/151.
[53]) Köhler S. 216/217.
[54]) Fleiner: Umwandlung S. 17.
[55]) S. 172 ff.
[56]) Mathuse S. 54 nennt sie Vermögenstheorie. Da sie jedoch in der Geschichte mit der Vorstellung vom „Fiskus" eng verknüpft ist, soll der überlieferte Ausdruck hier beibehalten werden.

Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Rechte und hatte schon in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts allgemeine Anerkennung gefunden. Sie unterschied zwei von einander verschiedene Staatspersonen, die für die rechtliche Betrachtung ein von einander unabhängiges Eigenleben führten, den Herrscher Staat, der in Ausübung seiner Hoheitsrechte dem Untertanen Befehle erteilt, und den Staat als Fiskus, der Träger des Staatseigentums und aller vermögensrechtlichen Beziehungen ist. Es handelt sich danach um eine eigentümliche Gleichstellung von privatem Recht und Vermögensrecht, die sich im Zuständigkeitsrecht entscheidend auswirken mußte: Der Staat als Fiskus war Privatrechtssubjekt und dem Spruche der ordentlichen Gerichte unterworfen. Das war Grundsatz des preußischen Rechts schon seit 1748[57]). Der Bürger konnte also vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Landesherren oder doch gegen seine Beamten vor den Landesgerichten geltend machen. Das war denn auch die Absicht, die bewußt oder unbewußt für die Ausbildung der Fiskuslehre bestimmend war[58]), und es ist zwischen Fiskuslehre und dem Begriffe des besonderen Rechts eine innere Verwandtschaft hier unverkennbar: Handelt es sich doch auch bei den besonderen Rechten in erster Linie um vermögenswerte Ansprüche und Rechtsstellungen, die dem Gebiete des Privatrechts einverleibt werden. Aus dieser Verbindung ergibt es sich z. B., daß § 75 der Einleitung zum ALR. noch heute vor den Zivilgerichten verhandelt wird, obwohl eine ausdrückliche Bestimmung hierüber fehlt.

Auf die Fiskuslehre ist es auch zurückzuführen, wenn sich fast alle Fälle justizstaatlicher Regelung auf Entschädigungsklagen beziehen. Sie ragen so in die neuere Zeit herein, obwohl ihre wissenschaftliche Begründung längst weggefallen ist. Es hat sich bis zur Vorkriegszeit für Entschädigungsklagen eine Art von feststehendem Rechtssatz ausgebildet, den Kraft[59]) 1910 so faßt: „Für Enschädigungsklagen ist der Rechtsweg stets frei". Gerade in diesem Zusammenhang sind auch Zweckmäßigkeitserwägungen oft für die Zulassung des Rechtswegs bestimmend gewesen. Man glaubte Streitigkeiten über vermögensrechtliche Fragen dem ordentlichen Richter überlassen zu müssen. In der Tat ist es ja seine Arbeit, im einzelnen Falle Schuld und Schaden nach den tatsächlichen Umständen zu berechnen, während umgekehrt der Verwaltungsbeamte gestaltend in den Lauf der Dinge eingreift und mehr geneigt ist, auf den Erfolg seiner Maßnahmen als auf die genaue Feststellung eingetretener Schäden zu sehen. Für derlei Erwägungen bietet das württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz ein Beispiel[60]). Das Gleiche dürfte auch für die Zulassung des Rechtswegs in den Reichssteuergesetzen vor dem Kriege gelten[61]).

[57]) Leoning, VA. 1894 S. 262.
[58]) Fleiner, Umbildung S. 23.
[59]) Kraft, J. Die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit, Gruchot 1916, S. 279.
[60]) Hofacker, Rechtsweg S. 296.
[61]) Reichserbschaftssteuergesetz vom 3. 6. 1906 (RGBl. 620, 651) § 57, Reichsstempelsteuergesetz vom 3. 7. 1913 (RGBl. 639) § 110.

Die Fiskuslehre herrschte bis zum Ende des 19. Jahrhunderts unbestritten und bestimmte die justizstaatliche Gesetzgebung seiner letzten Jahrzehnte. So beginnt z. B. die Begründung des Pr. Gesetzes betreff Erweiterung des Rechtswegs vom 24. 5. 1861[62]: „Schon seit längerer Zeit hat sich die Staatsregierung mit einer eingehenden Prüfung der Frage beschäftigt, auf welchen Gebieten der Gesetzgebung eine Erweiterung des Rechtswegs anzubahnen sei. Als leitender Gesichtspunkt mußte dabei die Erwägung dienen, daß die Zulässigkeit des Rechtswegs überall da die Regel bilde, wo jemand in seinen Privatrechten, d. h. in seiner individuellen Rechtssphäre dem Gesetz gegenüber verletzt zu sein behauptet". Es heißt dann über die Anwendung dieses Grundsatzes auf das Beamtenrecht: „Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis ... bilden denjenigen Teil des Staatsdienerverhältnisses, ... welcher als die privatrechtliche Seite desselben bezeichnet werden muß. Daraus folgt, daß diese Ansprüche auch im Wege der Klage vor Gericht müssen geltend gemacht werden können". Es ist aus diesen Sätzen zu entnehmen, wie sich die Verbindung der Fiskuslehre mit der Vorstellung vom privaten Rechtskreis auswirkt. Diese wissenschaftlichen Erwägungen führen zur Aufhebung bestehender Rechtssätze, nämlich der Kabinettsordre von 1830, deren positive Vorschriften nicht länger aufrechterhalten werden können. Die gleichen Erwägungen waren auch für die entsprechenden Bestimmungen des württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes maßgebend[63].

Es kann zur Frage der Fiskuslehre hier angemerkt werden, daß die Rechtsprechung sie wesentlich länger vertreten hat als die Wissenschaft. Nach seiner Errichtung hat sie das Reichsgericht in seinen Entscheidungen aufgenommen und seinen Standpunkt aufs eingehendste begründet[64]. Es weist nach, daß die Rechtsprechung der obersten Landesgerichte durchweg von ihr ausgeht. Das Gesetz von 1861 zeige, daß auch der Gesetzgeber von seiner ursprünglich abweisenden Praxis abgekommen sei. Schließlich faßt es alle Gesichtspunkte, die für die Fiskuslehre überhaupt geltend gemacht werden können, auf S. 70 in dem folgenden Satzungeheuer zusammen: „Hienach ist in Deutschland schon in dem Jahrzehnt vor Gründung des Deutschen Reichs und zwar auch in Preußen das (inhaltlich mit dem von der Judikatur zur Zeit des früheren Reiches deutscher Nation aufrecht erhaltenen und den Forderungen des gegenwärtigen Bewußtseins von dem Wesen des Rechtsstaats entsprechenden Grundsätzen übereinstimmende) Bewußtsein wachgeworden, daß der Ausschluß des Rechtswegs in solchem Falle anomale positive Satzung sei". Ganz ebenso erklärt es im 22. Bande seiner Entscheidungen[65] von den vermögensrechtlichen Ansprüchen einer Stadtgemeinde: „Solche Ansprüche gehören begriffsmäßig in das Gebiet des Privatrechts". Es hat

[62]) Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1861, Anl. Nr. 89 Bd. 5 S. 537.
[63]) Bühler S. 145.
[64]) RG. 11, 65 (66—75).
[65]) RG. 22, 285 (288).

an dieser Rechtsprechung ständig festgehalten und ist dann, ohne seine Meinungsänderung zu begründen, zu dem Satze gelangt[66]): „Daß ein Rechtssatz vermögensrechtliche Folgen hat, ist für seine Einordnung unter das öffentliche oder private Recht bedeutungslos".

Im Anschluß an die Fiskuslehre ist noch auf einen weiteren Begriff hinzuweisen, der sich notwendig mit ihr verbindet, nämlich den des gemischten Rechtsverhältnisses. Ueberall, wo der Staat als Hoheitsträger auftritt, und zugleich vermögensrechtliche Bindungen entstehen, sind öffentlichrechtliche und privatrechtliche Beziehungen zugleich gegeben. Fast jede Entscheidung, die auf der Fiskuslehre aufbaut, setzt die Annahme eines aus Rechtsbeziehungen verschiedener Natur gemischten Rechtsverhältnisses voraus. Sie führt weiter zu dem allgemeineren Satze, daß auch aus öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen privatrechtliche Verpflichtungen entstehen können. Er hat für zahlreiche justizstaatliche Entscheidungen die Grundlage abgegeben und ist in diesem Sinne unten weiter zu behandeln.

2.

Im Rahmen der Reichsjustizgesetze mußte auch die Zuständigkeitsgrenze zwischen ordentlicher Rechtspflege und Verwaltung reichsgesetzlich festgelegt werden. Dies geschah in § 13 GVG. und § 4 EGGVG. Danach waren die „bürgerlichrechtlichen" Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Es blieb jedoch der Landesgesetzgebung unbenommen, auch die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zu begründen. Umgekehrt konnte sie den ordentlichen Gerichten auch „jede andere Art der Gerichtsbarkeit" übertragen, also in erster Linie die Ausübung der Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen. So scheint das Gesetz auf den ersten Blick zu besagen, daß die Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Zukunft auch für die Gerichtsverfassung grundsätzliche Bedeutung haben solle. In Wahrheit aber war seine Auslegung und der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit von Anfang an umstritten. Zwei Meinungen stehen einander gegenüber, eine materielle und eine formelle Auffassung. Als Vertreter der „formellen Theorie" sei Stein[67]) genannt, der in „Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung" seine Meinung entwickelt. Danach stellt § 13 GVG. keinen richtungweisenden Rechtssatz dar, sondern soll lediglich der Erhaltung des bestehenden Rechtszustandes dienen. Angesichts der unentwirrbaren Fülle von Landesgesetzen, die Zuständigkeitsfragen regeln, soll er 1879 als Rahmenvorschrift aufgestellt worden sein, bestimmt, die nach Landesrecht gegebene Rechtslage zur Ordnung der Zuständigkeit heranzuziehen[68]). Danach enthält er den stillschweigenden Satz: „Die Landes-

[66]) RG. 64, 197 (198).
[67]) Im übrigen wird wegen der Zusammenstellung des Schrifttums auf Mathuse S. 13 Anm. 7 verwiesen.
[68]) S. 24.

gesetzgebung hat das Recht, den Gerichten bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zuzuweisen". Insoweit findet eine vom Gesetzgeber beabsichtigte „Kontrolle der Verwaltung" durch die Zivilgerichte statt[69]). Alle so den Zivilgerichten übertragenen Streitigkeiten sind echte Justizsachen, der sie umfassende Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" ist rein formeller Natur und besagt nichts über den Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Das kommt insbesondere zum Ausdruck, wenn der Zivilprozeßrechtler Stein auf Seite 25 rein justizstaatlichen Gedankengängen Ausdruck gibt: Der moderne Zivilprozeß sei als Erbe des germanischen Rechtsganges längst nicht mehr auf Fragen des Privatrechts beschränkt. Nach dem Grundgedanken des Gesetzes sei die zivilgerichtliche Aufhebung von Verwaltungsakten durchaus möglich.

Steins Auffassung ist inzwischen mit guten Gründen widerlegt worden, insbesondere mit dem Hinweis darauf, daß § 13 GVG. seiner Ansicht zufolge eine bloße Begriffsverdopplung enthält. Er besagt nämlich so gesehen, daß der Gesetzgeber den ordentlichen Gerichten die Rechtsstreitigkeiten zuweist, die vor die ordentlichen Gerichte gehören. Stein selbst hat sich diese Schwierigkeit nicht verhehlt[70]). Er ist genötigt, zwei verschiedene Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit anzunehmen, von denen der in § 13 GVG. ausdrücklich niedergelegte materielle Bedeutung hat. Er kommt jedoch gegenüber dem ebenfalls in § 13 stillschweigend eingeschlossenen formellen Begriff nur hilfsweise zum Zuge. Ohne auf die mit der Auslegung des § 13 sonst verknüpften Einzelfragen einzugehen, kann demnach als sicher festgestellt werden: Der Gesetzgeber hat einen materiellen Begriff der Privatrechtsstreitigkeit für die Zuständigkeitsverteilung im Auge gehabt, ein Ergebnis, zu dem neuerdings auch Apelt gekommen ist[71]). Ob er daneben bei der Fassung des § 13 GVG. auch noch andere Justizsachen mitbegreifen wollte, wie sie unstreitig den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden können, das ist dann eine Frage, die nur mehr theoretische Bedeutung hat.

Diese Einsicht liegt so nahe und entspricht so sehr dem gemeinen Sprachgebrauch, daß sie auch vom Reichsgericht als richtig anerkannt worden ist, obwohl eine streng durchgeführte formelle Lehre ihm Gelegenheit gegeben hätte, seine Zuständigkeit nicht nur in vielen Einzelfällen, sondern auch im Grundsatz auf öffentlichrechtliche Streitigkeiten zu erstrecken. Man kann die Meinung des Reichsgerichts mittelbar aus zahlreichen Entscheidungen feststellen, in denen es die Zulässigkeit des Rechtswegs darauf gründet, daß gerade privatrechtliche Streitigkeiten vorliegen[72]). Außerdem ist mehrfach ausgesprochen, daß öffentlichrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich nicht vor die Zivilgerichte gehören. So heißt es in einer Entscheidung über eine Beamtenstreitigkeit vom Jahre

[69]) S. 25.

[70]) S. 31.

[71]) S. 19.

[72]) RG. 22, 285 (286). 41, 267 (272), ferner die sämtlichen Entscheidungen, die von der Fiskustheorie ausgehen.

1903: „Der Ausschluß des Rechtswegs ist für alle staatsrechtlichen Ansprüche die Regel. Dagegen bildet die Zulassung des Rechtswegs die Ausnahme, die nur in den vom Gesetz besonders bestimmten Fällen Platz greift"[73]). Ebenso heißt es im Jahre 1918[74]) in Zurückweisung einer Eigentumsfreiheitsklage: „Wenn der abzuwehrende Eingriff auf Grund der Herrschaftsgewalt des Staates erfolgt ist, so ist der Rechtsweg ausgeschlossen". Wenn das Reichsgericht diesen Grundsatz anerkannt hat, so ist es unerheblich, ob es ihn unmittelbar in § 13 GVG. hineinlegt oder ob es ihn hilfsweise verwendet[75]). Wesentlich ist, daß die Trennung öffentliches Recht — privates Recht sich auch in der Zuständigkeitsrechtsprechung als Grenze durchgesetzt hat.

Es muß jedoch gesagt werden, daß die Haltung des Reichsgerichts, wie sie sich aus seinen eigenen Erkenntnissen ergibt, keineswegs eine klare und eindeutige gewesen ist. Wenn das RG. in einer Entscheidung[76]) betont, es trete der Ausdehnung der Gerichtszuständigkeit auf öffentlichrechtliche Verhältnisse entgegen und zwar auch dann, wenn der Kläger seinen Anspruch auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts stütze, so muß dieser Satz mit großem Vorbehalt aufgenommen werden. Was das Reichsgericht auf diesem Gebiete für sich in Anspruch nehmen kann, ist zweierlei. Es hat im Grundsatz eine Zuständigkeitsgrenze im Sinne der materiellen Lehre anerkannt. Es hat ferner im allgemeinen verhindert, daß unter dem Deckmantel privatrechtlicher Ansprüche ein unmittelbarer Angriff auf eine Verwaltungsmaßnahme stattfand[77]). Solche Möglichkeiten ergeben sich insbesondere aus dem Amtshaftungs-Anspruch des Art. 131 RV. Darüber hinaus aber hat das Reichsgericht nicht verhindert und verhindern wollen, daß öffentlichrechtliche Streitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten verhandelt wurden. Seine Rechtsprechung ist von diesem Grundsatz in vielen Fällen abgewichen. Es wird unten versucht werden, seine Grundsätze zusammenzustellen, soweit sie noch für die neuere Zeit Bedeutung haben. Schon jetzt aber muß festgehalten werden, daß für seine Stellungnahme durchaus die gleichen Gründe maßgebend waren, die auch Wissenschaft und Gesetzgeber justizstaatliche

[73]) RG. 53, 423 (429). S. ferner RG. 60, 348 ff. 73, 157 (160). 76, 121 (122).

[74]) RG. 93, 255 (259). Ebenso RG. 118, 227 (229).

[75]) So in RG. 93, 255 (259). 5, 34 (36).

[76]) RG. 133, 244 (246).

[77]) In diesem Sinne hat das RG. überaus häufig entschieden. Vgl. RG. 67, 291 (293). In RG. 67, 401 (402/403) heißt es: „Die Frage der Abgabenpflicht kann nicht dadurch zur Entscheidung vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden, daß Klage auf Rückzahlung der entrichteten Abgaben aus dem Grunde der Zahlung einer Nichtschuld oder der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben wird". Aeltere Entscheidungen siehe dort. An neueren Entscheidungen vergleiche etwa: RG. 118, 227 (229). 143, 81 (88): Läuft der Klageantrag darauf hinaus, daß ein Verwaltungsakt unabhängig von einer schuldhaften Amtspflichtverletzung angefochten werden soll, dann steht der Rechtsweg nicht offen. Vgl. ferner RG. 141, 253 (254/55) mit Entscheidungen, RG. 150, 171 (176). 150, 243 (246). Ebenso die Kompetenzgerichtshöfe: Stölzel: Die neueste Rechtspr.d . Gerichtshof zur Entsch. d. Komp.Konfl. 5. Nachtrag. Berlin 1934, S. 22, 27.

Wege gehen ließen. Nämlich ein tatsächlich vorhandenes Bedürfnis, Rechtsschutz in den Fällen zu gewähren, in denen die Zuständigkeit anderer Behörden, insbesondere der Verwaltungsgerichte nicht begründet war. Darüber hinaus aber die Ueberzeugung, daß zuletzt nur die ordentlichen Gerichte willens und in der Lage seien, den Einzelnen wirksam zu schützen. Dabei ist die Ueberzeugung maßgebend, daß der Schutz des Einzelnen die vornehmste Aufgabe der Rechtspflege sei. Beweis für diese Einstellung bietet etwa der ausdrucksvolle Satz in einer Entscheidung des 11. Bandes[78]): „Die ordentlichen Gerichte sind berufen, Vermögensrechtsstreitigkeiten zu entscheiden, auch wenn zur Entscheidung Normen des öffentlichen Rechts anzuwenden sind. Ihre unabhängige Stellung, Rechtskenntnis und Uebung in der praktischen Rechtsanwendung gibt die denkbar größte Garantie völlig objektiv gehaltener, sachgemäßer Entscheidung in solchen Fällen".

Wie hier die Grundeinstellung des liberalen Bürgers deutlich zum Vorschein kommt, so hat das Reichsgericht auch häufig auf das Bedürfnis nach Rechtsschutz verwiesen. In einer langen Reihe von Entscheidungen[79]) hat es Streitigkeiten dem Privatrecht untergeordnet und dabei beiläufig bemerkt, sein Ergebnis sei insoferne gerechtfertigt, als sonst ein Rechtsschutz nicht möglich sei. In einem Falle wird das deutlicher als sonst. Das Reichsgericht führt im 91. Bande seiner Entscheidungen aus[80]): Es müsse auch ein Weg gegeben sein, den Anspruch des Staates gegen eine Gemeinde auf Zahlung erhöhter Beiträge zu verwirklichen. Da für die Durchsetzung der fraglichen Ansprüche ein anderer Weg nicht eröffnet sei, bleibe nur übrig, den zwischen Staat und Stadt bestehenden Streit im ordentlichen Rechtsweg auszutragen. Die Widersprüche, in die das Reichsgericht sich hier verwickelt hat, haben seit 1910 einen gewissen Ausgleich gefunden. In der Juristischen Wochenschrift von 1911 ist ein Urteil veröffentlicht[81]), in dem das Reichsgericht ausdrücklich von der Meinung abrückt, es müsse für allen und jeden Streit ein gerichtlicher Ausgleich möglich sein. Als eine Stadtgemeinde vom elsässischen Landesfiskus Beiträge einklagte, entschied es: Durch die Erwägung, daß es in den Reichslanden für die Entscheidung von Streitigkeiten der vorliegenden Art an geeigneten Behörden fehle, könne die Zuständigkeit der Gerichte nicht begründet werden. Darüber, daß es in neuester Zeit diesen Standpunkt immer entschiedener einnimmt, wird weiter unten zu handeln sein.

In Gesamtwürdigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung hat Bahmann[82]) gesagt, das Reichsgericht habe den Satz entwickelt: Es müsse für alle Rechtsstreitigkeiten eine gerichtliche Stelle geben und diese sei, soweit eine andere nicht feststellbar, naturgemäß das ordentliche Gericht.

[78]) RG. 11, 65 (71).
[79]) RG. 5, 34 (36). 5, 204.
[80]) RG. 91, 248 (254).
[81]) JW. 1911 S. 551, Nr. 35 a. E.
[82]) S. 51.

Und Hofacker[83]) unterstellt ihm die Absicht, jedem in seinem individuellen Rechtsbereich Verletzten Rechtsschutz zu gewähren. Beide Bemerkungen treffen auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung in ihren Auswirkungen weitgehend zu. Trotzdem muß als Ausgangspunkt für neue Entwicklungen festgehalten werden, daß das Reichsgericht als Lehrgrundsatz und auch in vielen Einzelentscheidungen eine grundsätzliche Zuständigkeit auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts nicht kennt. Die Unbedingtheit der altpreußischen Auffassung von der mutmaßlichen Zuständigkeit der Gerichte hat es jedenfalls nicht übernommen[84]). Zu seiner Rechtfertigung kann auch auf Folgendes verwiesen werden: Seine Rechtsprechung ist zum Teil die Folge des mangelhaften Ausbaus der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland. Es liegt für das Zivilgericht nahe, sich der rechtsschutzfreien Gebiete anzunehmen, die im Falle des Aufzählungsgrundsatzes nicht unter die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallen. Eine Regelung, wie sie in Art. 13 des württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes zu finden ist, schließt solche Ausdehnungsbestrebungen der Zivilgerichte aus. Man findet deshalb in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, soweit ersichtlich, keinen Fall, in dem das Reichsgericht sich außer bei gesetzlicher Zuweisung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten aus dem Gebiete des württ. Rechts angenommen hätte, und das Gleiche stellt Apelt für das hamburgische und bremische Recht fest[85]). Heute herrscht freilich im Schrifttum die Ansicht vor, daß der Aufzählungsgrundsatz beibehalten werden müsse, um zukünftige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zu vermeiden, die politische Folgen haben könnten[86]).

Ein zusammenfassender Ueberblick über Geschichte und Gründe der justizstaatlichen Bestrebungen bis zum Weltkriege zeigt folgendes: Sie sind herausgewachsen aus den Rechtsanschauungen des Naturrechts und haben sich im 19. Jahrhundert gegen staatliche Widerstände langsam durchgesetzt. An seinem Ende sind sie in Verbindung mit der Fiskuslehre auf vermögensrechtlichem Gebiete herrschend; auch der Erlaß des GVG. hat diese Entwicklung nicht beeinträchtigt. Es läßt sich jedoch nicht verkennen, daß er einer neuen Auffassung ihre theoretische Durchbildung erleichterte, indem er im Grundsatz das öffentliche Recht aus der Zuständigkeit der Zivilgerichte herausnahm. Zugleich führte die Errichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die eingehendere Durcharbeitung des öffentlichen Rechts zu einer Verlagerung der wissenschaftlichen Auffassungen, die bisher ganz einseitig von privatrechtlichen Gesichtspunkten beherrscht waren. Diese neuen Ansätze werden auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nach 1900 immer deutlicher.

[83]) Rechtsweg S. 319.
[84]) Schätzel S. 298.
[85]) S. 90.
[86]) Vgl. z. B. Stuckart DV. 35, 163 a. A. Scholz S. 70 mit Schrifttum.

Die Weimarer Republik hatte somit in einer noch offenen Frage zu entscheiden und zu einer noch unfertigen Entwicklung Stellung zu nehmen. Es ist bei der Besprechung der justizstaatlichen Artikel der Reichsverfassung festzustellen, wie weit sie dabei den Gesetzen ihrer Zeit gerecht geworden ist.

III. Die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht.

Nach den geschichtlichen Darlegungen erwächst die Aufgabe, die Stellungnahme zur Frage des Justizstaates für die heutige Zeit zu begründen. Die Arbeit ist bisher von dem Gegensatze des öffentlichen und privaten Rechtes ausgegangen. Es ist zu fragen, ob diese Unterscheidung heute überhaupt noch beibehalten werden kann. Hier ist festzustellen, daß diese bisher oberste Einteilung allen Rechts[87]) in ihrem Werte angezweifelt worden ist. Von einigen Seiten wird sie sogar als endgültig überwunden betrachtet. Unter möglichst weitgehender Heranziehung des bisherigen Schrifttums[88]) soll geprüft werden, welche Gesichtspunkte in dieser Hinsicht geltend gemacht werden können, und ob die Fragestellung der Arbeit zu rechtfertigen ist.

Die Kritik der bisherigen Begriffsbildung geht von der inneren Einheitlichkeit allen Rechtes aus. In der Tat weist ja schon das Dasein des Begriffes „Recht" auf eine enge Zusammengehörigkeit der darunter zusammengefaßten Einzelinhalte hin. Dazu kommt heute folgendes: Wenn wir rechtliche Maßstäbe anlegen, so gehen wir mehr als bisher vom „Rechtsbewußtsein" aus, stellen auf das „gesunde Volksempfinden"[89]) ab. Recht ist heute nicht mehr nur von außen gesetzte Vorschrift, Recht ist, „was arische Menschen für Recht halten". Diese Auffassung muß notwendig das Gefühl für die Einheit des Rechts stärken, da doch erlebte Wahrheit stets einen viel höheren Grad von Eindeutigkeit und Einheitlichkeit an sich hat als die bloß begriffene. Dieses Gefühl spricht denn auch aus der Forderung von K. A. Eckhardt[90]), wenn er erklärt: „Fallen muß radikal der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht". Beides ist eben gleichermaßen Recht oder, wie Bahmann[91]) sich ausdrückt: „Dem deutschen Recht ist eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Rechte fremd. Das Recht ist ihm eben das, was stets sein soll, die Regelung des Gemeinschaftslebens, woraus sich ohne weiteres die Unmöglichkeit der Abgrenzung ergibt". Diese Ausführungen lassen sich noch durch einen Hinweis auf die Geschichte ergänzen: Die Einführung der römisch-rechtlichen Scheidung war für die aufstrebende Fürstengewalt ein Mittel, sich von der Unterwerfung unter ihre Landesgerichte zu befreien, denen nur die Entscheidung über privatrechtliche

[87]) Der Gegensatz findet sich schon im römischen Recht: § 4 J. de J. et J. 1, 1 und L. 1 § 2 D. de J. et J. 1, 1. Er hat allerdings nicht die grundsätzliche Bedeutung wie nach der Aufnahme des fremden Rechts.
[88]) Es findet sich bei Scholz S. 49, Anm. 9.
[89]) StGB. § 2.
[90]) Studium S. 23.
[91]) S. 52.

Streitigkeiten, insbesondere über Vermögensstreitigkeiten und Verletzung der Privatrechte zustand.

Eckhardt bekämpft vor allem eine abstrakte Begriffssystematik: „Letzten Endes geht es überall um die Entscheidung: abstrakte Begriffe oder konkrete Gestaltungen“[92]). Zur Verdeutlichung seiner Ansicht bringt er ein Beispiel[93]): Ein Mann betritt den Park des Fabrikanten Müller und wird deshalb vom Parkwärter zur Rede gestellt. Eckhardt weist nach, daß für die Berechtigung zum Betreten des Parks Gründe des öffentlichen und privaten Rechts angeführt werden können. Sie können beliebig zusammengestellt werden und sind nicht immer klar von einander zu scheiden. Dieser Einwand wird häufig durch die weitere Ueberlegung ergänzt, daß neue Rechtsgebiete, wie Arbeitsrecht, Bauernrecht, Wirtschaftsrecht sich der Einordnung in die überlieferte Begriffsordnung als ganze entziehen. An solche Erwägungen schließt sich die Forderung an, eine zukünftige Begriffsbildung habe sich den einzelnen in der Wirklichkeit gegebenen Lebensgebieten anzupassen.

Dem grundsätzlichen Ausgangspunkt von Eckhardt kann man nur beistimmen. Er ergibt sich aus einem konkreten Ordnungsdenken, wie es in der neueren Rechtswissenschaft gefordert wird[94]). In der Tat verdient jeder Begriff Ablehnung, der nicht eine Lebenswirklichkeit widerspiegelt und sich zur Beurteilung von Lebensvorgängen dauernd als brauchbar erweist. Es fragte sich also, ob wir dem Leben gerecht werden, wenn wir die Vorgänge rechtlich besonders beurteilen, bei denen hoheitliche Gewalt geübt wird, und ob es damit für die Zukunft zweckmäßig ist, das öffentliche Recht für sich zu betrachten. Bei Beantwortung dieser Frage soll besonderer Nachdruck auf das Wort „zweckmäßig“ gelegt werden. Denn eines ergibt sich aus der heutigen Rechtsauffassung mit Sicherheit: Die liberale Rechtswissenschaft hat der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht grundsätzlichen Wert beigemessen. Sie hat dem bürgerlichen Recht bei seiner theoretischen Würdigung und bei der Ausbildung des Rechtswahrers einseitig den Vorrang eingeräumt. Diese aus einer weltanschaulichen Kampfstellung heraus begründeten Wertunterschiede haben heute jede Berechtigung verloren. Einziger Bezugswert für alles Recht ist heute die völkische Gemeinschaft, und nur von ihr aus kann über die Berechtigung der überlieferten Einteilungen ein Urteil gefällt werden. Vorbildlich faßt Dankwerts diese Ueberlegung: Seine Ausführungen über Zuständigkeitsrecht bewegen sich „nur auf der Ebene ressortlicher Zuständigkeits- und Gliederungsbetrachtungen“[95]).

Im allgemeinen finden sich im Schrifttum, außer den bisher angeführten, keine Gründe gegen die Beibehaltung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht. Freisler[96]) spricht nur beiläufig seine Mei-

[92]) S. 354 in DRW.
[93]) A. a. O. S. 356/357.
[94]) Carl Schmitt: die drei Arten, insbesondere S. 7 und 57 ff.
[95]) D. bei Frank S. 113.
[96]) Hochschulstudium S. 29.

nung dahin aus, daß die Unterscheidung dem Volke fremd geblieben sei. Es ist nicht ersichtlich, ob er sie gänzlich ablehnt. Für Höhn[97]) ergibt sich ihre Ueberwindung mit der Beseitigung der von ihm bekämpften Staatspersönlichkeit. Außer diesen Stimmen ist zu erwähnen der Beschluß der Hochschullehrer auf der Hochschullehrertagung des BNSDJ. vom 21. und 22. 12. 1935[98]), der die Unterscheidung als „überwunden" bezeichnet, ohne ihre Beibehaltung im Hinblick auf das Verfahrensrecht, also gerade für den vorliegenden Fall auszuschließen. Schließlich kann gegen sie noch die Justizausbildungsordnung vom 22. 8. 1934 RGBl. I 727 herangezogen werden. Danach erfährt der Student der Rechtswissenschaft seine Ausbildung an Hand eines Studienplans, der die einzelnen Lebensgebiete für sich behandelt und den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht beiseite läßt. Damit sind zunächst die Erwägungen aufgezählt, die gegen eine Beibehaltung des überlieferten Unterschiedes sprechen. Eine Reihe von weiteren Ueberlegungen soll Gelegenheit geben, der Frage auf den Grund zu gehen.

Herbert Meyer untersucht in der ZAkfDR. ihre geschichtliche Seite[99]). Er kommt zunächst zu dem bemerkenswerten Ergebnis, daß die Ableitung des Gegensatzes aus dem römischen Rechte nicht ohne weiteres richtig sei. Doch bleibt die Tatsache bestehen, daß er hier besonders stark ausgeprägt ist, und daß die Aufnahme des fremden Rechts ihm in Deutschland eine ganz neue Bedeutung verschafft hat. Im folgenden[100]) unterscheidet Herbert Meyer schon im altgermanischen Strafrecht zwei Bezirke: solche Vergehen, deren Sühne dem Betroffenen überlassen blieb. Hier wurde das Recht durch private Fehde wiederhergestellt. Auf der andern Seite stehen die Fälle, in denen das Volk in seiner Gesamtheit sich gegen den Friedensbrecher wandte, so im Falle des gemeinen Mords und des Verrats. In diesem ursprünglichen Gegensatze von Sippenrecht und Volksrecht sieht Meyer bereits den Gegensatz vorgebildet, den er in Zukunft mit dem Begriffspaar öffentliches und privates Recht bezeichnen möchte. Er sieht ihn im geltenden Rechte überall verwirklicht, wo der Gesetzgeber durch die Belange der Gemeinschaft bestimmt wird: so liegt etwa eine öffentlichrechtliche Vorschrift vor, wenn in § 313 BGB. die notarielle Beurkundung von Grundstückskaufverträgen vorgeschrieben ist, wenn das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Fortdauer bestimmter Willenserklärungen durch Rechtsscheinvorschriften gedeckt ist. Zum Privatrecht werden nur noch die Rechtsverhältnisse gerechnet, „die der Privatautonomie des Einzelnen voll überlassen sind"[101]). Meyer betont ausdrücklich, daß sich das Gebiet des öffentlichen Rechts in diesem Sinne mit dem Wechsel der Zeiten und Anschauungen fortdauernd ändern müsse.

[97]) Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. Hamburg 1935 S. 16.
[98]) DJZ. 1936 S. 51.
[99]) ZAkfDR. 1935, S. 35.
[100]) A. a. O. S. 51.
[101]) A. a. O. S. 55.

Es ist offensichtlich, daß dieser Begriff des öffentlichen Rechts gegenüber dem bisher üblichen wesentlich verfeinert ist. Denn hier werden nicht mehr einzelne Rechtsgebiete im ganzen als privatrechtlich, andere als öffentlichrechtlich bezeichnet, vielmehr finden sich jetzt auf jedem Rechtsgebiet, selbst im Schuldrecht, Rechtssätze mit verschiedener Wertbetonung. Stehen die Werte der Gemeinschaft im Vordergrund, so handelt es sich um öffentlichrechtliche Sätze, werden nur die Belange des einzelnen Volksgenossen betroffen, so ist der Rechtsatz privatrechtlicher Natur. Da nun in jedem Rechtssatz die Gemeinschaft irgendwie zugegen ist, wird man in Fortführung der Meyerschen Gedanken genötigt sein, ein gewißes Maß von öffentlicher Wertbetonung als Grenzpunkt für die Unterscheidung festzulegen. Man würde sonst zu einem Monismus Kelsenscher Art kommen, der alles Recht als öffentlich bezeichnet[102]).

Ein in mancher Beziehung ähnlicher Gedankengang findet sich bei Schnorr v. Carolsfeld. Auch er stellt zwei neue Begriffe des öffentlichen und privaten Rechts auf[103]). Oeffentliches Recht soll überall da vorliegen, wo die Allgemeinheit in irgend einer Weise an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist. Verschwinden soll demnach insbesondere die Vorstellung, daß der Staat als Fiskus den Regeln des Privatrechts unterworfen sei. Auf dieses so außerordentlich erweiterte Gebiet des öffentlichen Rechtes sollen „völlig andere" Regeln Anwendung finden als auf den privaten Rechtsverkehr. Wenn Schnorr v. Carolsfeld auch hieran keine näheren Ausführungen knüpft, so können wir doch annehmen, daß sich diese Unterschiede besonders in der Frage des Rechtsschutzes äußern werden. Im übrigen kann man hier das gleiche feststellen wie bei Meyer: Der Begriff des öffentlichen Rechts erstreckt sich nicht mehr auf geschlossene Gebiete, sondern ist in allen Rechtsgebieten anzutreffen, wobei allerdings in der Häufigkeit Unterschiede bestehen können.

Zu der hier angeschnittenen Frage hat auch Huber Stellung genommen[104]). Einer der bedeutendsten Vertreter neuer Gedanken in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts wendet er sich gegen die überlieferte Einteilung. An ihre Stelle setzt er eine neue, indem er zwei verschiedene Rechtsaufgaben im völkischen Leben verwirklicht sieht, die auf die Grundformen der „hoheitlichen" Führung und des „volksgenössischen" Zusammenwirkens zurückgehen. Es handelt sich im hoheitlichen und volksgenössischen Rechte nicht um zwei verschiedene Rechtsgebiete, sondern um zwei in ihrem Wesen zu unterscheidende Möglichkeiten der Rechtsgestaltung, wobei die Gemeinschaft im hoheitlichen Rechte unmittelbarer und wirkungsvoller gegenwärtig ist als im volksgenössischen. Wenn sich also auch die Begriffspaare öffentliches und privates Recht einerseits, hoheitliches und volksgenössisches Recht andererseits nicht decken, so ist doch auch hier ein Wesensunterschied erkannt, sobald der Staat hoheitlich auftritt. Auch hier zeigt sich wie bei Meyer, daß an die

[102]) Vorrede zur Allgemeinen Staatslehre S. VIII.
[103]) S. 1478.
[104]) Grundbegriffe S. 152/153.

Stelle der Abgrenzung von Rechtsgebieten die Betrachtung von Wesensmerkmalen in den Rechtsgebieten tritt. Ohne sonderliche Bedeutung ist es weiter, wenn der Gau Kammergerichtsbezirk[105]) des BNSDJ. die alten Bezeichnungen durch die Rede von „Gesetzen mit vorbetonter Ueberordnung" und „Gesetzen mit vorbetonter Gleichordnung" ersetzt, ohne an der genannten Stelle eine nähere Begründung für die Aenderung zu geben. Die Unterscheidung entspricht nicht genau der alten, weil sich auch im öffentlichen Rechte das Verhältnis der Gleichordnung findet[106]), wie auch umgekehrt im bürgerlichen Rechte Unterordnungsverhältnisse vorkommen, besonders im Familienrecht. Trotz dieses Unterschieds wendet sich Scholz gegen den Krieg um Begriffe und fragt: Wozu Bilderstürmerei?[107])

Zur Vervollständigung des Bildes bleibt ein Blick auf Gesetzgebung und Rechtsprechung übrig. Die JAO. geht, wie schon gezeigt wurde, neue Wege, wenn sie den Studienplan nach Lebensgebieten aufgliedert. Im übrigen ist die Gesetzgebung des Dritten Reiches bisher nicht von den neuen Gedankengängen berührt worden und hat den Begriff des öffentlichen Rechts in zahlreichen Fällen aufrecht erhalten, von denen hier einige beispielsweise angezogen werden sollen:

Durch das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. 12. 1933 (RGBl. I 1016) § 1 Abs. 2 ist die NSDAP. zur Körperschaft des öffentlichen Rechts geworden. Das Unternehmen Reichsautobahnen ist nach § 1 des Gesetzes vom 27. 6. 1933 (RGBl. II 509) juristische Person des öffentlichen Rechts. Ebenso ist die Deutsche Evangelische Kirche durch ihr Verfassungsgesetz vom 14. 8. 1933 (RGBl. I 471) Körperschaft des öffentlichen Rechts geworden. Die deutschen Gemeinden werden in der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 RGBl. I 49 § 1 Abs. 2 als öffentliche Gebietskörperschaften bezeichnet. Auch die Deutsche Studentenschaft soll in Zukunft den Charakter der öffentlichrechtlichen Körperschaft erhalten, nachdem im Gesetz über die Bildung von Studentenschaften vom 22. 4. 1933 (RGBl. I 215) über ihre Rechtspersönlichkeit nichts ausgesagt ist[108]). Ebenso hat der Begriff des bürgerlichen Rechts im Gesetz zum Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934 (RGBl. I 1235) weiter Verwendung gefunden. Was schließlich die Rechtsprechung anlangt, so läßt sich mit einem Satze sagen: Sie ist durch die neueren Bestrebungen in keiner Weise beeinflußt worden, ja sie hat sich nicht einmal andeutungsweise mit ihnen auseinander gesetzt. Sie hat dazu auch kaum Gelegenheit, da ja § 13 GVG. noch geltendes Reichsrecht ist. Die alten Bemühungen um die richtige Abgrenzung von öffentlichem und bürgerlichem Recht gehen unvermindert weiter und haben in der allerjüngsten Rechtsprechung zu einigen neuen Ergebnissen geführt[109]).

105) DR. 1934 S. 589 ff.
106) Böhmer S. 11.
107) Scholz S. 50 Anm. 10.
108) Nach einer Mitteilung des Vorsitzenden des Verfassungsausschusses der Deutschen Studentenschaft.
109) Vgl. etwa RG. 147, 161 (173), aber auch Entscheidungen des Reichserbhofgerichts 1, 287 (293).

Mit dem Vorhergegangenen ist ein kurzer Ueberblick über die Stellungnahme von Wissenschaft und Praxis zu der aufgeworfenen Frage gegeben. Als Ergebnis soll folgendes festgehalten werden: Im allgemeinen ist die alte Lehre noch anerkannt. Aber auch bei den Wissenschaftlern, die sich um neue Gestaltungen bemühen, zeigt sich das Bestreben, die besondere Stellung des Hoheitsträgers zu umschreiben und rechtlich zu erfassen, ein Bedürfnis, das zuletzt auch der Lehre vom öffentlichen Recht zugrunde liegt. Sicherlich ist die praktische Verwendbarkeit des Begriffs öffentliches Recht in vieler Hinsicht zu bezweifeln. So wird man Eckhardt ohne weiteres Recht geben, wenn er sagt [110]), daß man nicht eine Vorlesung „Privatarbeitsrecht" halten könne. Aber auch er bezweifelt nirgends, daß der Einzelne dem Hoheitsträger Staat anders gegenüber steht als etwa dem Teilnehmer am privaten Rechtsverkehr. Gegen eine solche Formulierung wird sich vielleicht nur Höhn wenden, weil er es überhaupt ablehnt, eine Gegenüberstellung von Staat und Einzelnem anzuerkennen. In der Sache selbst kommt er jedoch ebenfalls zu einer verschiedenen Stellung des Hoheitsträgers gerade im Falle von Rechtsstreitigkeiten, wenn er die Gerichtsbarkeit gänzlich auf die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Gemeinschaftsgliedern beschränkt und die staatliche Tätigkeit jeder Gerichtsbarkeit entzieht[111]). Trotz dieser Erkenntnis eines Wesensgegensatzes von bürgerlichem und privatem Recht kann eine Tatsache nicht übersehen werden: Der Begriff des öffentlichen Rechts, wie er in der neueren Wissenschaft gebraucht wird, wird immer mehr ins Theoretische verschoben, wofür besonders Meyer ein Beispiel gibt. Erhebliche praktische Bedeutung kommt ihm heute nicht zu, und in der Tat kann man kaum Rechtssätze nennen, die für das Gesamtgebiet des öffentlichen Rechts gemeinsam kennzeichnend wären. Es muß im folgenden geprüft werden, welche praktische Bedeutung dem Begriffe öffentliches Recht für das Verfahrensrecht zukommt, insbesondere ob er als Zuständigkeitsabgrenzung gegen die Zivilgerichte Verwendung finden kann. Damit wird im Rahmen der Aufgabe über seine Berechtigung überhaupt entschieden.

In dem neuen Sinne, den Herbert Meyer der alten Unterscheidung beigelegt wissen möchte, gibt uns der Begriff des öffentlichen Rechts keine brauchbare Hilfe für die Entscheidung von Zuständigkeitsfragen: es ist undenkbar, die Zuständigkeitsgrenze für die ordentlichen Gerichte nach einer Unterscheidung zu bestimmen, die quer durch alle Gebiete des Lebens läuft und selbst im Schuldrecht anzutreffen ist. Da der private oder öffentliche Charakter eines Streitverhältnisses hier erst festgestellt werden kann, wenn darüber Untersuchungen angestellt werden, in welchem Maße Gemeinschaftsbelange in Frage stehen, fehlt es an einem leicht zu erkennenden Merkmale für die Zuweisung der Streitigkeit an die eine oder andere Rechtsschutzbehörde. Die Streitfragen, die schon heute über die Abgrenzung bestehen, würden ins Endlose vermehrt werden. Der Meyer-

[110]) A. a. O. S. 23.
[111]) DRW. S. 62.

sche Begriff ist also zu verfeinert und zu abgezogen, um noch die Grundlage für eine praktische Einteilung bilden zu können. Sollte er sich in der Wissenschaft durchsetzen, so wird er seine Stelle in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie haben, jedoch nicht im Gerichtsverfassungsrecht.

Ganz anderes gilt in dieser Hinsicht von dem von Schnorr v. Carolsfeld entwickelten Begriff. Er gibt ein überaus handliches Unterscheidungsmerkmal für das Zuständigkeitsrecht: Alle Streitigkeiten, an denen der Staat unmittelbar beteiligt ist, könnten danach einem eigenen Verfahren unterworfen werden. Die Frage, ob es richtig ist, den Fiskus als Teilnehmer am bürgerlichen Rechtsverkehr zu streichen, kann hier nicht entschieden werden. Die Forderung dürfte einem praktischen Bedürfnis nicht entsprechen. Es gibt unzweifelhaft Handlungen des Staates, die nur in einer losen Beziehung zu seinen Gemeinschaftsaufgaben stehen und deshalb richtigerweise auch ihre eigene Behandlung erfahren. Man wird sich also bei der Herausstellung des staatlichen Wesens auch in Zukunft auf seine hoheitliche Bestimmung zu beschränken haben. Dann aber gilt für den von Schnorr v. Carolsfeld aufgestellten Begriff das Gleiche, wie für den überlieferten Begriff des öffentlichen Rechts, der jetzt zu betrachten ist.

Das öffentliche Recht umfaßt nach bisheriger Lehre folgende Gebiete: Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Strafrecht, Völkerrecht, Kirchenrecht[112]). Als gemischte Gebiete mit stark öffentlichrechtlichem Einschlag kommen besonders Arbeitsrecht und Bauernrecht in Frage[113]). Die Tatsache, daß diese gemischten Gebiete keinem der beiden Bezirke eindeutig angehören, bietet für das Zuständigkeitsrecht keinerlei Schwierigkeit: Soweit sie vom Rechte als geschlossene Lebensgebiete behandelt werden, sind für sie auch eigene Gerichte bestellt. Das tritt am deutlichsten im Erbhofrecht hervor: Alle Streitfragen, die den Bauern als solchen betreffen, werden vom Anerbengericht entschieden[114]). Im Arbeitsrecht werden Streitigkeiten vor den Arbeitsgerichten ausgetragen[115]). Es handelt sich hier zwar stets um Ansprüche privatrechtlicher Natur. Ihre Beurteilung erfordert aber die Kenntnis zahlreicher öffentlichrechtlicher Vorschriften, die für die Entscheidung von Vorfragen von Bedeutung sind. Für die rein öffentlichrechtlichen Gebiete gilt folgendes: Die Fragen des Verfahrensrechts werden von den Gerichten in eigener Zuständigkeit nach den einschlägigen Vorschriften des Zivil- und Strafprozeßrechts entschieden. Diese Regelung entspricht ganz dem heutigen Denken in Lebensordnungen, weil die Entscheidung von verfahrensrechtlichen Fragen eine innere Angelegenheit der ordentlichen Rechtspflege ist, die deshalb in ihrem eigenen Rahmen gelöst werden muß. Die Tatsache der Prozeßordnungen bildet so ein Beispiel für konkretes Ordnungsdenken in vergangenen Jahrhunderten. Was Völkerrecht und Kirchen-

[112]) Ennecoerus-Nipperdey S. 97.
[113]) Das Wirtschaftsrecht ist positivrechtlich noch kein geschlossenes Gesetzesgebiet und fällt deshalb aus dem Rahmen dieser Betrachtung.
[114]) REG. § 40.
[115]) AGG. § 2.

recht anlangt, so entfällt auf diesen beiden Gebieten ebenfalls jede Möglichkeit eines Zuständigkeitsstreits. Ob und welche Möglichkeiten bestehen, einen völkerrechtlichen Anspruch durchzusetzen, ergibt sich aus unterschiedlichen Verträgen des Völkerrechts, während die innerkirchliche Ordnung der staatlichen Gerichtsbarkeit als solche entzogen ist. Scheidet man noch das Strafrecht aus dem Kreis der Betrachtungen aus, weil die Zuständigkeit für Strafsachen durch das GVG. eindeutig geregelt ist, so bleiben nur zwei Gebiete übrig, auf denen Stoff für Zuständigkeitsstreitigkeiten gegeben sein könnte, das Staatsrecht und das Verwaltungsrecht. Nun sind auch staatsrechtliche Streitigkeiten heute einer Nachprüfung durch gerichtliche Behörden fast durchweg entzogen: Die Staatsgerichtshöfe sind durch die Entwicklung beseitigt, die Länder als mögliche Streitgegner des Reichs etwa im Falle des Art. 13 Abs. 2 RV. sind durch das Neuaufbaugesetz ihrer Hoheitsrechte entkleidet, ein Streitverfahren zwischen Selbstverwaltungskörpern und dem Reich ist nach § 113 der Deutschen Gemeindeordnung ebenfalls ausgeschlossen. So ergibt sich hier ein Angriffspunkt gegen die Verwendung des Begriffs öffentliches Recht in der Gerichtsverfassung. Da er schon meist keine praktische Bedeutung für Zuständigkeitsfragen hat, könnte es genügen, das Verwaltungsrecht als das Recht einer eigenen Ordnung herauszustellen und ihm auch eine besondere Rechtsschutzverfassung zu geben. Der Oberbegriff „Oeffentliches Recht" hätte dann keine Bedeutung mehr für die Rechtsschutzverfassung. Daß das Verwaltungsrecht auch in Fragen des Rechtsschutzes ein eigenartiges Gebiet ist, ist ja in den Ländern und im Reiche durch die Schaffung von Verwaltungsgerichten und ihre Bewährung seit 50 Jahren längst anerkannt. A. Wagner[116]) hat die fruchtbare Auffassung von der Verwaltung als eigener Ordnung zum Grundgedanken seines hier mehrfach angezogenen Werkes gemacht. Er hat sie in dieser Form erstmals gründlich durchdacht und ein Bild von der Verwaltung entworfen, das für alle wissenschaftliche Arbeit auf diesem Gebiete und auch für die Entscheidung von Zuständigkeitsfragen eine sichere Grundlage abgibt. Sein Beitrag zu einer Rechtserneuerung ist besonders deshalb wertvoll, weil er seine neuartigen Folgerungen aus einem reichen und anschaulichen Tatsachenstoff zieht und auf eine Ableitung aus unklaren Allgemeinbegriffen verzichtet. Vielleicht kann ergänzend angemerkt werden, daß die Verwaltung, als eigene Ordnung, als in sich geschlossenes Lebensgebiet aufgefaßt, nicht ganz unter den sonst meist gebrauchten Ordnungsbegriff zu bringen ist: es handelt sich hier nicht in erster Linie um die innere Ausgestaltung eines ständischen Lebensgebietes, sondern mehr um die Einheit und Eigenart der Verwaltung und aller Verwaltungstätigkeit in ihren äußeren Wirkungen gegenüber den Volksgenossen, die der staatlichen Gewalt unterworfen sind.

Wie gering heute die Neigung ist, den abgezogenen Begriff öffentliches Recht für die Regelung der Zuständigkeit heranzuziehen, zeigt be-

[116]) Grundsätzliche Ausführungen besonders auf S. 19—44.

sonders das Beispiel von Dankwerts[117]): Er unterscheidet hiefür bürgerliches Recht, Strafrecht und Steuerrecht als Aufgabenkreise und will den Rest als Verwaltungsrecht zusammenfassen. Die Dienstaufsicht über die einzelnen Rechtsschutzbehörden überträgt er dem für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministerium. So ist z. B. für die Verwaltungsrechtspflege das Innenministerium Dienstaufsichtsbehörde. Die Durchführung dieses Gedankens würde bis zu einem gewissen Grade eine Rückkehr zu den Grundlagen der altpreußischen Kameralgerichtsbarkeit bedeuten. Sie macht den Begriff des öffentlichen Rechts für die Zuständigkeitsbestimmung vollkommen überflüssig. Die weitere Frage, ob die Einheitlichkeit der Rechtsentwicklung durch die Einrichtung von neuen Sondergerichten gefährdet wird, ist hier nicht zu entscheiden. Auf diese Gefahr weist besonders Scholz hin[118]). Jedoch bringt die von Dankwerts vorgeschlagene Neuaufteilung kaum größere Schwierigkeiten mit sich als schon die bisherige Gerichtsverfassung. Dies ist auch gegenüber Scheuner festzuhalten, der die gleichen Bedenken wie Scholz in seinem Aufsatz „Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, insbesondere für die Gerichtsverfassung" äußert, wo er die hergebrachte Unterscheidung unter dem Gesichtspunkte des Zuständigkeitsrechts wertet. Er kommt zu dem Ergebnis[119]), daß eine Aufteilung nach Lebensgebieten durchaus möglich ist, sieht allerdings keinen hinreichenden Grund, um sie als notwendig zu empfehlen. Abschließend soll noch auf einen beachtenswerten Umstand hingewiesen werden: Soweit im Schrifttum zu den hier aufgeworfenen Fragen vom öffentlichen Rechte gesprochen wird, sind es in jedem Falle nur die Fragen des Verwaltungsrechts, die gemeint sind, und Beispiele aus dem Verwaltungsrecht, die dazu bestimmt sind, die einzelnen Ansichten zu unterstützen.

Aus alledem ist ersichtlich, daß dem Begriff des öffentlichen Rechts für eine zukünftige Zuständigkeitsregelung und auch heute kaum große Bedeutung zukommt. Für das geltende Recht und diese Arbeit lassen sich nur zwei Gesichtspunkte anführen, die für seine einstweilige Weiterverwendung sprechen. Einmal werden im Rahmen der Arbeit auch die beamtenrechtlichen Fragen untersucht, die sich an Art. 129 RV. anschließen. Sie gehören nach bisher herrschender Lehre vorwiegend zum Staatsrecht[120]). Dies ist aber schon heute bestritten[121]) und kann einer Neuregelung nicht im Wege stehen. Es ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, daß das DGB. keinen Anstand nimmt, beamtenrechtliche Fragen den „Verwaltungs"Gerichten zuzuweisen. Zum andern behandelt die Arbeit auch die Frage nach der Entscheidung von Vorfragen, die im Zivilprozeß auftauchen und jedem Teilgebiete des öffentlichen Rechts entstammen können.

117) Bei Frank S. 114.
118) S. 48.
119) DJZ. 1935 S. 1462 ff.
120) Scholz S. 49.
121) Köhler S. 29.

Als Ergebnis der Untersuchung darüber, ob der Begriff des öffentlichen Rechts noch zu gebrauchen ist, ergibt sich folgendes:

1. Er bezeichnet in seiner heutigen verfeinerten Ausarbeitung Rechtssätze von besonderer Art und hat hier seinen guten Sinn. Für die Anwendung des materiellen Rechts kommt ihm jedoch kaum Bedeutung zu.

2. Für eine Zuständigkeitsregelung ist er nicht notwendig, weil es sich hier ausschließlich um verwaltungsrechtliche Fragen unter Einschluß beamtenrechtlicher Gebiete handelt. Die Verwendung des Begriffs Verwaltungsrecht ist der bisherigen Ausdrucksweise vorzuziehen. Wenn die vorliegende Fragestellung noch auf die Tätigkeit der Gerichte im Gebiete des öffentlichen Rechts abstellt, so geschieht dies, weil er nach dem noch herrschenden Sprachgebrauch eine wissenschaftlich genaue Umschreibung des Gegenstandes ermöglicht. Dies hindert aber nicht, daß in den weiteren Ausführungen vorwiegend von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten die Rede sein wird. Ausgangspunkt der ferneren Betrachtung ist die Erkenntnis, daß Rechtsstreitigkeiten im Gebiete des Verwaltungsrechts ihren eigenen Gesetzen unterliegen und deshalb eine besondere Behandlung verlangen.

IV. Rechtsschutzarten.

Es herrscht darüber Einigkeit, daß eine Möglichkeit gefunden werden muß, in Verwaltungssachen strittig gewordene Rechtsfragen zu entscheiden und unrechtmäßige Verwaltungshandlungen rückgängig zu machen. Es ist dagegen in den letzten Jahren viel darüber gestritten worden, wie dieser Rechtsschutz aussehen soll. Eine Uebersicht soll zeigen, welche Möglichkeiten hiezu im geltenden Rechte zu finden sind. Es wird dann die weitere Aufgabe sein, ihre Berechtigung und Brauchbarkeit zur Entscheidung der bisher im Justizwege ausgetragenen Verwaltungsstreitigkeiten im einzelnen zu untersuchen. Man kann die verschiedenen Arten des Rechtsschutzes folgendermaßen gliedern:

A. Die drei Grundarten.

	Beispiel:
1. Freie Entscheidung durch das Zivilgericht	Art. 131 RV.
2. Entscheidung im Verwaltungswege	
a) Gegenvorstellung und Dienstaufsichtsbeschwerde	BBG. § 7
b) Förmliche Beschwerde	DGO. § 31 Abs. I.
3. Entscheidung durch das Verwaltungsgericht.	DBG. § 142.
Sonderform: Nach vorgängiger förmlicher Beschwerde. „Gemischte Beschwerde".	PVG. §§ 45/49.

B. Beteiligung von Justiz und Verwaltung am Verfahren.

1. Vor-Entscheidung der Verwaltungsbehörden in der strittigen Rechtssache.	
a) Bindende und notwendige Entscheidung einer Vorfrage.	DBG. § 146.
b) Notwendiger Vorentscheid in der Hauptsache	RBG. § 150.
c) Erstattungsverfahren als Besonderheit.	Erst.Ges.
2. Entscheidung der Verwaltung über die Zulässigkeit des Rechtswegs.	
a) Die Verwaltungsbehörde zieht das Verfahren nach freiem Ermessen an sich.	Ausgleichsgesetz.
b) Die Zulässigkeitserklärung hängt von der Beantwortung einer rechtlichen Vorfrage ab.	DBG. § 146.

C. Wahl zwischen Justiz- und Verwaltungsweg.

Lüb.Ges. vom 6. 12. 1916 § 15.

Zwei gegensätzliche Möglichkeiten bieten sich auf den ersten Blick an. Auf der einen Seite macht die reine Entscheidung durch das Zivilgericht den Justizstaat aus. Als Beispiel für eine solche Regelung kann etwa der Amtshaftungsanspruch des Art. 131 RV. in seiner heute noch bestehenden Form gelten: Die Zivilgerichte entscheiden völlig frei über die Frage der Amtspflichtverletzung und der Entschädigung[122]). Auf der andern Seite steht die Möglichkeit, gegen Verwaltungsentscheidungen im Verwaltungswege anzugehen. Gegenvorstellung und Dienstaufsichtsbeschwerde sind zwar in jedem Fall möglich, aber hier handelt es sich nicht um Rechtsmittel im eigentlichen Sinne: auf rechtliches Gehör und Bescheid hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch. Soweit nach dem Gesetze kein eigentliches Rechtsmittel zulässig ist, bleibt auch der durch eine Verwaltungsmaßnahme unmittelbar Betroffene auf Gegenvorstellung und Dienstaufsichtsbeschwerde beschränkt. Ein solcher Fall liegt z. B. im Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. 4. 1933 (RGBl. I 175) § 7 vor, das damit freilich ebenso wie die Gesetze des ständischen Neuaufbaus den Charakter der Ausnahmeregelung trägt.

Der formlosen Dienstaufsichtsbeschwerde steht die förmliche Beschwerde gegenüber. Ueber sie wird von der vorgesetzten Behörde in geregeltem Verfahren entschieden und der Beschwerdeführer hat Anspruch auf rechtliches Gehör und Bescheid[123]). Sie wird vom Gesetzgeber im Einzelfalle oder für ein bestimmtes Rechtsgebiet eröffnet. Ein Beispiel aus der neueren Reichsgesetzgebung bildet etwa § 31 Abs. 1 DGO., wenn der zu ehrenamtlicher Tätigkeit berufene Gemeindebürger aus seinem Amte entfernt wird.

In der Mitte zwischen gerichtlicher Klage und förmlicher Beschwerde steht schließlich das Verwaltungsgericht als besonderes Gericht für Rechtsstreitigkeiten in der Verwaltung. Von den einen wird seine Einrichtung als Kompromiß abgelehnt[124]), von anderen als Synthese befürwortet. Reichsgesetzlich bestehen zahlreiche Sonderverwaltungsgerichte. Außerdem sehen jetzt die §§ 142 und 147 DBG. die Schaffung einer allgemeinen Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit und eines Reichsverwaltungsgerichtes vor. Als besondere Voraussetzung der Verwaltungsklage ist im Landesrecht oft die vorgängige Erhebung der förmlichen Beschwerde vorgesehen und zwar so, daß sich die Verwaltungsklage der Beschwerde im Rechtsmittelzuge anschließt. In diesem Falle spricht man von einer „Anschlußklage" oder von der „gemischten Beschwerde". Beispiele bieten etwa die §§ 45/49 des Polizeiverwaltungsgesetzes für das Polizeirecht und Art. 9 des Württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes für das ganze württembergische Verwaltungsrecht.

Obwohl das 19. Jahrhundert von der Vorstellung eines tiefgreifenden Gegensatzes zwischen Justiz und Verwaltung beherrscht war, finden sich

[122]) In manchen Verwaltungsstreitigkeiten vor Zivilgerichten kann die Landesgesetzgebung ein ihrer besonderen Art angepaßtes Sonderverfahren vorsehen: Einführungsges. z. ZPO. § 15 Z. 2.

[123]) Köhler S. 250.

[124]) Höhn in DRW. S. 68.

im Rechtsleben doch zahlreiche Fälle, in denen sie beide an der Entscheidung von Streitigkeiten beteiligt sind. Diese Entwicklung erklärt sich teils aus dem Kampfe der Meinungen, teils aus Zweckmäßigkeitserwägungen. Zunächst entscheiden die Verwaltungsbehörden mitunter notwendig vor dem ordentlichen Gericht in der strittigen Rechtsfrage selbst. Diese Entscheidung kann Vorfragen betreffen und ist dann für das Gericht nach ausdrücklicher Bestimmung bindend, so z. B. bei Gehaltsstreitigkeiten von Beamten, wo das Gericht nicht frei darüber entscheiden kann, ob und von welchem Zeitpunkt ab das Beamtenverhältnis sein Ende gefunden hat. Das ergibt sich schon für das geltende Recht aus § 146 DBG. und wird in Zukunft auch für die Verwaltungsgerichte von Bedeutung sein. Ein weiteres Beispiel findet sich in § 901 der Reichsversicherungsordnung vom 15. 12. 1924 (RGBl. I 779), wonach die Zivilgerichte an die Entscheidung der Versicherungsbehörde darüber gebunden sind, ob ein versicherungspflichtiger Unfall vorliegt. Hierher gehört auch das Gesetz über das Beschlußverfahren in Angelegenheiten der Deutschen Evangelischen Kirche vom 26. 6. 1935 (RGBl. I 774), wonach über die Gültigkeit gewisser kirchenrechtlicher Maßnahmen mit Wirkung für das in der Hauptsache zuständige Zivilgericht von einer Beschlußstelle beim Reichskirchenminister entschieden wird. Der Vorentscheid kann aber auch die Hauptsache selbst betreffen, sodaß sich die nachfolgende Zivilklage als eine „Berufung auf den Rechtsweg" darstellt. In diesem Falle ist der Vorentscheid stets notwendig und die Klageerhebung meist an bestimmte Fristen gebunden. Er kann aber natürlicherweise keine bindende Kraft für das Zivilgericht haben. Auch hiefür liefert das Beamtenrecht ein Beispiel. Gehaltsklagen sind heute und in Zukunft nur möglich, wenn die oberste Reichsbehörde dem Kläger zuvor abweisenden Bescheid erteilt hat.

Eine besondere Gestalt nimmt der Vorentscheid an, wenn er in Form des Erstattungsverfahrens auftritt, das dem früheren Rechte als Defektenverfahren bekannt war. Hier kann der Staat seine Ansprüche gegen einen Beamten nicht nur feststellen, sondern auch im Verwaltungswege vollstrecken und es dem Betroffenen überlassen, die Richtigkeit der Vorentscheidung und Vollstreckung in der Hauptsache durch Berufung auf den Rechtsweg anzugreifen. Das Erstattungsverfahren ist erst in neuester Zeit im Erstattungsgesetz vom 18. 4. 1937 (RGBl. I 461) neu geregelt worden.

Daß umgekehrt die Verwaltungsbehörde erst nach dem Zivilgericht tätig wird, ist nur in Form des Eingriffs in ein schwebendes Verfahren möglich. Beispiele finden sich in Ausnahmeregelungen, so etwa im Gesetze zum Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934 (RGBl. I 1235) § 4. Hier ist der Verwaltung die Möglichkeit gegeben, die Entscheidung über Ansprüche, die im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Erhebung entstanden sind und nach den geltenden Gesetzen als Schadensersatzklagen geltend gemacht werden können, nach freiem Ermessen den Zivilgerichten zu entziehen und in eigener Zuständigkeit einen Billigkeitsausgleich herbeizuführen. Dem Rechte der Verwaltung,

solche Streitigkeiten an sich zu ziehen, entspricht die Pflicht der Gerichte, von dem Vorliegen ausgleichbarer Ansprüche Mitteilung zu machen (§ 2).

In den gleichen Zusammenhang gehört die sog. Konfliktserhebung, die im Einspruchsverfahren des § 147 DBG. neu aufleben wird. Es handelt sich hier nicht etwa um die bindende Entscheidung einer Vorfrage, die von einer Verwaltungsbehörde mit Wirkung für das ordentliche Gericht getroffen wird, wenn eine Vernachlässigung verwaltungsrechtlicher Gesichtspunkte im ordentlichen Verfahren zu befürchten steht. Wohl entscheidet in Zukunft das Reichsverwaltungsgericht über die beamtenrechtliche Vorfrage im Amtshaftungsstreit, ob eine Amtspflichtverletzung vorliegt oder nicht. Folge dieser Entscheidung ist jedoch nicht die Bindung des Zivilgerichts an die vom Reichsverwaltungsgericht festgestellte Rechtslage, sondern lediglich eine bindende Erklärung über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Dies gilt wenigstens dann, wenn die zukünftige Ausgestaltung des Einspruchsverfahrens sich an die preußische Konfliktsgesetzgebung vom Jahre 1854 anschließt[125]), wo in § 3 ausdrücklich gesagt ist, daß der Kompetenzgerichtshof als Konfliktsgericht darüber befindet, ob der Rechtsweg zulässig oder unzulässig sei. Ist er einmal für zulässig erklärt, so ist das Gericht in der Entscheidung völlig frei und kann auch gegebenenfalls das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung verneinen. Der Sinn des Einspruchsverfahrens ist nicht, den Zivilgerichten eine bestimmte Entscheidung aufzuzwingen, sondern ihre Zuständigkeit in Rechtsfragen auszuschließen, die ihrer Natur nach nicht vor die Zivilgerichte gehören.

Der Vollständigkeit halber sei noch eine Einzelerscheinung erwähnt: Eine individualistische Zeit gestattete dem Kläger in der Hansestadt Lübeck[126]), je nach Wahl die Anrufung von Zivil- und Verwaltungsgericht und sicherte ihm so jeden nur denkbaren Vorteil der Rechtsschutzordnung. Zugleich zeigte diese Regelung, wie wenig inneres Gewicht der bisherige zersplitterte Rechtszustand hatte und wie sehr er zufälligen und widersprechenden Gedanken entsprungen ist.

---

[125]) Gesetz betreffend die Konflikte bei gerichtlicher Verfolgung wegen Amts- und Diensthandlungen vom 13. 2. 1854 GS. 86.

[126]) Lübisches Gesetz vom 6. 12. 1916 § 15 (Sammlung der Lübeckischen Gesetze 1916, S. 137).

V. Die Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

1.

Nächstliegende Schlußfolgerung aus der erkannten Einheitlichkeit allen Rechts ist die Forderung nach der Einheit der Gerichte. Mit einer Entwicklung in diesem Sinne scheint z. B. noch Bahmann[127]) für die Zukunft zu rechnen. Nun wäre es sicher merkwürdig, wenn gerade im Dritten Reich eine alte Forderung des Liberalismus in Erfüllung ginge. Es ist aber schon ausgeführt worden, daß dem grundsätzliche Erwägungen nicht entgegen stehen können. Denn wenn man schon die Einheit des Volkes und die Einheit seines Rechts in den Vordergrund des Denkens stellt, so wird man den Zivilrichter nicht für gänzlich unfähig erklären dürfen, einer nationalsozialistischen Verwaltung gerecht zu werden. Es erscheint für die Zukunft nicht voll gerechtfertigt, wenn A. Wagner[128]) schreibt: „Richter und Verwaltungsbeamter erscheinen als verschiedene Menschentypen, die einander schon rein seelisch nicht verstehen können". Wohl aber macht sich die Notwendigkeit einer Arbeitsteilung auch auf dem Gebiete des Rechtsschutzes bemerkbar. Es ist sinnvoll und zweckmäßig, eine solche Teilung im Anschluß an vorhandene Lebensgebiete vorzunehmen. Arbeitsgerichte, Kammern für Handelssachen und Erbhofgerichte bieten hinreichend Beweis für die Vorteile dieser Entwicklung. Es ist nun der Gedanke zur Grundlage dieser Arbeit gemacht worden, daß das Gebiet der Verwaltung unter Einschluß beamtenrechtlicher Fragen als eigenes Lebensgebiet anzusehen ist, und dies gilt auch für die Entscheidung von Ververwaltungsstreitigkeiten, mag es sich hier um Streitigkeiten von Gliedern der Verwaltung untereinander[129]) handeln oder um eine ungerechte Beschwerung des Einzelnen durch eine Maßnahme der Verwaltung. Reichsminister Frank hat den Satz ausgesprochen: „Recht ist Politik". Richtig verstanden gilt er für das hoheitliche Recht mehr als für andere Rechtsgebiete. Mag auch heute alles Recht von gleichen Grundgedanken bestimmt werden, mag z. B. die Aenderung der Zivilprozeßordnung vom 27. 10. 1933 (RGBl. I 780) Richtlinien für das Verfahrensrecht gebracht haben, die im Verwaltungsstreit schon bisher weitgehend Geltung hatten — hier ergeben sich doch ganz erhebliche Gradunterschiede: Der Gedanke der Zweckmäßigkeit kann in Wirklichkeit mehr Geltung beanspruchen, wo es unmittelbar um die Belange des Gemeinwesens geht. Die Belange des Einzelnen werden hier mehr zurückgedrängt, er wird mehr Belastungen hinnehmen müssen als der Teilnehmer am bürgerlichen Rechtsverkehr. Zugleich folgt, daß nicht die möglichste Gleichmäßigkeit der Entschei-

[127]) S. 35.
[128]) S. 21.
[129]) Sogenannte „reine Parteistreitsachen". Köhler S. 266.

dungen, sondern die sorgfältige Abwägung der Umstände des Einzelfalles im Vordergrunde des Verwaltungsstreits stehen, während umgekehrt das Hochziel einer stets gleichbleibenden Gerechtigkeit beim Zivilrichter stets mehr Einfluß ausüben wird. Daß Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte in der Verwaltungsrechtspflege mehr betont werden müssen als im bürgerlichen Recht, das meint auch Carl Schmitt, wenn er fordert[130]: „Die Verwaltung darf nicht unter dem Gesichtspunkt bürgerlicher Interessengegensätze betrachtet werden". Was für die sachliche Wertung des Streites gilt, gilt auch für sein Verfahren. So wird z. B. der Verfügungsgrundsatz im Zivilprozeß stets eine gewisse Geltung behalten. Im Verwaltungsrecht aber kann es sich stets nur darum handeln, ob die Verwaltung in Wirklichkeit rechtmäßig handelt oder nicht, denn sie hat als Wahrerin der Allgemeinbelange nicht das Recht, nicht bestehende Verpflichtungen anzuerkennen. Weil ferner die Notwendigkeiten der Verwaltung wichtiger sind als die möglichste Wahrung des Rechtsfriedens, kann das verwaltungsgerichtliche Urteil nur ausnahmsweise die materielle Rechtskraft des Zivilurteils erlangen. Was heute Unrecht war, kann unter anderen Umständen morgen Recht sein. Schließlich wird im Verwaltungsrechtsstreit auch zum Ausdruck kommen müssen, daß es sich regelmäßig nicht um einen Streit gleichgeordneter Parteien handelt, sondern um einen Angriff auf staatliche Maßnahmen, die zunächst einmal die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben. Diese Forderung entspricht der besonderen Stellung des Hoheitsträgers und ist z. B. im württembergischen Verwaltungsrechtspflegegesetz verwirklicht, das dem durch die staatliche Verwaltungsmaßnahme Betroffenen statt der Verwaltungsklage die „Rechtsbeschwerde" gibt[131]. Dies alles zeigt einen in Wirklichkeit vorhandenen Wesensgegensatz zwischen bürgerlichem und Verwaltungsstreit auf. Man wird Stein im Grundsatz noch heute beistimmen, wenn er sagt[132]: Im Zivilprozeß sei der Staat unparteiischer Dritter, während er im öffentlichrechtlichen Verfahren unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange tätig werde. Die Unterscheidung ist in ihrem Kern auch heute noch berechtigt, wenngleich es das besondere Verdienst der neueren Verwaltungsrechtswissenschaft ist, die höhere Einheit hinter den Gegensätzen herausgestellt zu haben.

Schließlich wird man bei Beurteilung der Frage, ob heute etwa die Einheit der Gerichtsverfassung angestrebt werden soll, auch das Schwergewicht der geschichtlichen Entwicklung nicht außer Acht lassen dürfen. Das Richtertum hat tatsächlich in den letzten 150 Jahren das „individualistische" gegen das „staatliche Prinzip" vertreten[133]. Die Gerichte gehörten auf die Seite von Parlament und Gesetz gegenüber der Verwaltung, die zum Staat gehörte[134]. Sie haben in diesem Sinne auch Streitigkeiten über

---

[130]) DJZ. 1934 S. 776.
[131]) § 13.
[132]) Grundriß S. 81.
[133]) A. Wagner S. 14.
[134]) Köttgen S. 51.

hoheitsrechtliche Fragen, sobald sie ihnen zur Entscheidung zugewiesen waren, unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzberechnung und aus örtlichem Blickfeld heraus gesehen, ein Umstand, der schon von Gneist beklagt wird. Er meint, man habe alle Schutzmittel des Verwaltungsrechts auf den Leisten der zivilen aktio geschlagen[135]) und das Staatsrechtliche als Nebensache behandelt[136]). Schließlich hat das Reichsgericht eine derartige Rechtsprechung selbst als seine Pflicht erachtet, wie sich aus seiner Entscheidung im 127. Bande ergibt[137]): „Deshalb ist die Annahme nicht auszuschließen, daß, wenn durch besondere Vorschrift der Rechtsweg eröffnet wird, vor allem privatrechtliche Gesichtspunkte den Ausschlag zu geben haben".

2.

Die bisherigen Erörterungen führen unmittelbar dazu, die Verwaltungsgerichtsbarkeit als die eigenständige Rechtsschutzeinrichtung der Verwaltung am besten geeignet für die Lösung verwaltungsrechtlicher Streitfragen zu halten. Auch hat eine wahre Flut von Schriften die Bedenken unterdrückt, die nach 1933 vom Standpunkt der Staatsautorität aus gegen sie erhoben wurden[138]). Die meisten Schriftsteller stellen dabei einen Wandel im Sinngehalt der alten Einrichtung fest. Trotzdem bleibt die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine offene Frage. Denn Reinhard Höhn[139]) hat sich noch 1936 aufs schärfste gegen sie gewandt. Eine Beantwortung der Frage, was aus den überlieferten justizstaatlichen Regelungen werden soll, kann nicht an diesem Streite vorübergehen.

Alle Kritik läßt sich auf die Fragen zurückführen: Ist die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit an eine individualistische Haltung gebunden? Entspricht sie dem Wesen des nationalsozialistischen Staates als eines gemeinschaftsgebundenen Führerstaates? Kann heute noch eine Rechtsüberwachung der Verwaltung durch unabhängige Gerichte stattfinden? Auch heute steht die Verwaltung unter dem Zeichen der Gesetzmäßigkeit oder doch jedenfalls der „Rechtmäßigkeit"[140]). Diese Feststellung enthält eine Forderung an den Verwaltungsbeamten: Trotz ihrer anerkannten Zielstrebigkeit, trotz ihrer Freiheit in der Gestaltung des öffentlichen Lebens, trotz ihrer Schlagfertigkeit ist die Verwaltung in der Wahl

[135]) S. 263.
[136]) S. 268.
[137]) RG. 127, 251 (254).
[138]) Von ihnen sind besonders zu nennen: Schack, RVBl. 34, 592 ff. Bochalli DV. 34, 14 Drews RVBl. 34, 178. Frick DV. 1934, 289, Knauth, DJZ. 34, 1119 und RVBl. 33, 887, Grauert DJZ. 34, 968, Huber DJZ. 34, 950 und DR. 35, 101, Holtz DV. 34, 290, Köttgen a. a. O. S. 55, Maunz DR. 35, 478 und ZStW. 35, 311, Schneider DR. 35, 458, Reuß JW. 35, 2025, Stuckart Jahrbuch AkfDR. 36, 1 und DV. 35, 161, Schmidt RVBl. 35, 405, Jerusalem a. a. O. S. 124 ff., Giese DVBl. 36, 508, Krüger DVBl. 36, 505, Schelcher RVBl. 1937, 569, Scholz und Dankwerts haben ihr längere und eingehende Ausführungen gewidmet. Gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit haben sich außer Hohn geäußert: Bahmann DV. 34, 51, v. Löwenstern: In: Der Deutsche Verwaltungsbeamte 1935, S. 261. Neuestens hat Sommer in DVBl. 37, 125 ff. sehr kritische Ausführungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit erscheinen lassen. Auch er will sie jedoch im Grundsatz beibehalten.
[139]) DRW. 60 ff.
[140]) Reichsminister Frick auf der Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht. ZAkfDR. 1936, 961.

ihrer Mittel, in ihrem Verhalten gegenüber dem Einzelnen nicht frei, sondern durch Regeln gebunden, die sich aus Recht und Gesetz ergeben. Es ist nun richtig, daß das in der Verwaltungsgerichtsbarkeit derzeit geübte Verfahren zur Durchsetzung dieser Regeln in der Hochzeit des Liberalismus entstanden ist: das erste Verwaltungsgericht wurde in Baden 1863 errichtet, 1872 folgte Preußen, 1876 Württemberg, 1878 Bayern, Sachsen schloß sich 1900 an. Heute, da die tragenden Ideen dieser Zeit verschwunden sind, hat jedes deutsche Land mit einziger Ausnahme von Schaumburg-Lippe sein Verwaltungsgericht. Trotzdem wäre es falsch zu sagen, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit rein liberalistischer Geisteshaltung entsprungen wäre. Das war zwar die herrschende Meinung um die Jahrhundertwende, da die Rechtswissenschaft in der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Sieg des Rechtsstaats sah. In diesem Sinne forderte 1925 der deutsche Staatsrechtslehrertag die Beibehaltung und den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit[141]), wobei sämtliche Redner von dem Gedanken getragen sind, einen möglichst lückenlosen Rechtsschutz für den Einzelnen zu erreichen. Hiezu erschien als geeignetes Mittel die Einführung der allgemeinen Zulässigkeit der Verwaltungsklage (Generalklausel). Ebenso sagt Fleiner[142]) noch 1928. Er stellt die Verwaltungsgerichtsbarkeit ganz unter den Gedanken des Rechtsstaats und des Einzelschutzes: „Der Rechtsstaat ist in Deutschland dadurch entstanden, daß die Justizeinrichtungen auf die Verwaltung übertragen worden sind"[143]). Weil seine Ausführungen für diese Auffassung kennzeichnend sind, wird er von Höhn mehrfach als Kronzeuge für die liberalistische Herkunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit angeführt[144]). Trotzdem darf nicht verkannt werden, daß für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch andere Erwägungen maßgebend waren — nämlich der Gedanke, es müsse eine Rechtsstelle geschaffen werden, deren Richter den Belangen des Staates mehr Verständnis entgegenbringen als die Zivilrichter[145]). Das zeigt ja auch der heftige Kampf, den die Paulskirche gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit geführt hat[146]). Das zeigt ferner die starke Heranziehung von Verwaltungsbeamten bei Besetzung der Richterstellen[147]). Im übrigen muß festgestellt werden, daß sich das heutige Urteil über die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nach ihrer Enstehungsgeschichte, sondern allein nach ihrer Brauchbarkeit für den nationalsozialistischen Staat richtet. Es ist durchaus möglich, daß in alte Formen neue Inhalte gelegt werden. Beispiele hiefür bietet die nationalsozialistische Erhebung mehr als genug.

---

141) Veröffentlichungen 1925 Heft 2, S. 105 ff., insbesondere S. 121.
142) Institutionen S. 237 ff.
143) S. 248.
144) DRW. S. 55, 58, 62, 68, 71, 73.
145) Hofacker Rechtsweg 292; Scholz S. 14.
146) Bergsträsser S. 93 § 182: Die Verwaltungsrechtspflege hört auf. Ueber alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte.
147) Nachdem Württ. VRPflG. können, nach dem Pr. VGG. müssen die Hälfte der Richter Verwaltungsbeamte sein.

Es ist heute üblich, die liberalistische Herkunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus ihrer Verbindung mit dem Begriffe des subjektiven öffentlichen Rechts herzuleiten, und Höhn baut seine Ausführungen unmittelbar an seine Ablehnung dieses Begriffes auf. Diese Verbindung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und subjektivem öffentlichen Recht ist in dem ganzen älteren Schrifttum deshalb eine enge, weil die Zulässigkeit derVerwaltungsklage in den meisten Fällen als äußerliches Merkmal für das Vorliegen eines subjektiven Rechts in Erscheinung tritt. Gewinnt doch ein subjektives Recht erst dadurch seinen Wert, daß es im Weg der Klage durchgesetzt werden kann[148]). Daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichzeitig auch dazu bestimmt sei, die Verwirklichung der Gemeinschaftsordnung durchzuführen, das ist daneben stets betont worden. Es ergibt sich schon aus dem Begriffe des subjektiven Rechts, dem eine objektive Rechtsordnung notwendig entsprechen muß. So hat Gneist, einer der geistigen Väter der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ihr Wesen so zusammengefaßt[149]): „Es handelt sich also im Verwaltungsrecht um eine objektive Rechtsordnung, welche auch unabhängig von Parteianträgen um des öffentlichen Rechtes und Wohles willen zu handhaben ist." Und: „Alle Kontrollen der Staatsverwaltung sind gleichzeitig zum Schutze der Gesamtheit wie des Einzelnen bestimmt". Zugleich wird in bemerkenswerter Weise der Unterschied zur ordentlichen Gerichtsbarkeit betont[150]): „Man erkennt das Interesse des Beteiligten als einen Rechtsanspruch an, aber in anderer Weise als den, wo der Rechtsschutz des Individualrechts nächster Zweck und Gegenstand der obrigkeitlichen Tätigkeit ist". Ausführungen in gleicher Richtung finden sich besonders auch bei Otto Mayer[151]): „Nicht um Rechtsschutz als Schutz von subjektiven Rechten handelt es sich, sondern um Schutz im Wege Rechtens".

Die neuere Verwaltungsrechtswissenschaft hat diese Aufrechterhaltung der objektiven Rechtsordnung stark in den Vordergrund geschoben. Sie ist dabei von dem Bestreben geleitet, den Gegensatz Staat — Einzelner zurückzudrängen. Nicht mehr im Schutz des Einzelnen wird der Wert der Verwaltungsgerichtsbarkeit gesehen, sondern in einer aufbauenden Tätigkeit: Sie soll der Verwaltung helfen, sich sinnvoll zu entfalten, sie soll damit die Gemeinschaft fördern, deren Rechtsordnung sie erhält. In dieser Richtung liegt es, wenn Köttgen[152]) betont, daß der Verwaltungsgerichtsbarkeit keine verfassungsrechtliche Bedeutung mehr zukomme, wenn Dankwerts[153]) feststellt, daß die Richterstellung gegenüber dem Staat nicht zu ihrem Wesen gehöre, wenn Jerusalem[154]) von einer staatlichen Funktion spricht, die der Betroffene mit der Klage beim Verwaltungsgericht ausübe, um auf dem Umwege über diese Klage die Rechtsordnung wiederherzustellen. Oft wird auch darauf hingewiesen, daß nicht ein Einzelner

148) Köhler S. 221, Otto Mayer Band I S. 108 Anm. 10.
149) S. 270.
150) S. 271.
151) Band I S. 122.
152) S. 229.
153) S. 109.
154) S. 148/149

in seinem subjektiven Rechte, sondern ein Volksgenosse in seiner Gemeinschaftsstellung betroffen sei. Zweck aller dieser Gestaltungen ist es, nachzuweisen, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht an die Anerkennung der subjektiven öffentlichen Rechte gebunden sei. Die Weiterverwendung dieses Begriffes wird ja von vielen neueren Rechtswissenschaftlern abgelehnt, wofür neben den hier genannten Schriftstellern noch besonders Eckhardt zu nennen ist[155]). Eine Stellungnahme zu dieser Frage scheint jedoch aus zwei Gründen unnötig zu sein: einmal weist Scholz[156]) mit Recht darauf hin, daß die Entscheidung für den Bestand der Verwaltungsgerichtsbarkeit keine Bedeutung hat, weil sie nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten und nicht nach ihrer Stellung zur bisher üblichen Begriffs-Ordnung zu lösen ist; zweitens aber ist die Frage des subjektiven öffentlichen Rechts wesentlich nur eine solche der Begriffsbezeichnung; nämlich die, ob man diesen Begriff für eine rechtsschutzfähige Stellung des Einzelnen anwenden will oder nicht. Möglichkeiten des Einzelrechtsschutzes muß es aber in irgend einer Form stets geben. Die verwaltungsrichterliche Tätigkeit wird jedenfalls durch die Abhängigkeit vom Begriffe des subjektiven öffentlichen Rechts kaum berührt.

Noch in einem weiteren Punkte zeigt sich, daß die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit neuem Gehalte erfüllt werden soll, nämlich in der Frage ihrer Einordnung in den Behördenaufbau. Eine frühere Zeit hat sie oft zur Gerichtsbarkeit gerechnet. So reiht sie z. B. Schätzel[157]) ein, indem er darauf hinweist, daß sie von der Weimarer Verfassung in ihrem Artikel 107 im Abschnitt „Rechtspflege" behandelt wird. Heute ist allgemein anerkannt, daß sie eine besondere Form der Verwaltungstätigkeit ist und der Verwaltungsarbeit in ihrer Art zu dienen hat. Besonders bemerkenswert sind hier die Ausführungen von Dankwerts[158]), der keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen einer gesetzesgebundenen Verwaltung und der Rechtsfindung sieht. Ebenso nennt Köttgen[159]) die Verwaltunsgerichtsbarkeit einen integrierenden Bestandteil der Verwaltung" und Maunz[160]) betont, daß die Verwaltung wie jede eigene Ordnung „Normenvollzug, Normensetzung und Gerichtsbarkeit" in sich schließe. Angesichts dieser Auffassung vom Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann heute auch nicht mehr davon die Rede sein, die Verwaltung werde durch außenstehende Stellen überwacht, ein Einwand, der sich z. B. noch bei Bahmann[161]) findet. Eine ganz andere Frage ist die, in wieweit Gerichte und auch Verwaltungsgerichte die Maßnahmen beurteilen können, die dem Bereich der eigentlichen politischen Führung angehören. Daß richterliche Einwendungen gegen Gesetze, Verordnungen und Befehle des Führers nicht möglich sind, ist im Führerstaat ein selbstverständliches Gegenstück

155) DRW. S. 352 a. A. z. B. Köhler S. 225.
156) S. 40.
157) S. 259.
158) Bei Frank S. 105.
159) S. 230.
160) ZStW. S. 325.
161) S. 53.

zur alleinigen Verantwortung des Führers und eine Folge davon, daß der unpersönliche Höchstwert einer Verfassung weggefallen ist. Stuckart[162]) unterscheidet deshalb treffend zwischen Maßnahmen der Führung und Maßnahmen der Durchführung und entzieht alle Maßnahmen der richterlichen Beurteilung, die sich in der Regel als Verwirklichung einer Führerentscheidung darstellen. Die Frage, wie sie von den übrigen Verwaltungshandlungen geschieden werden können, und wer über das Vorliegen einer Führungsmaßnahme entscheidet, kann hier nicht gelöst werden, da nach dem Rechtsschutz in Verwaltungsstreitigkeiten gefragt ist, die bisher justizstaatliche Regelung gefunden haben. Fast das ganze hier genannte Schrifttum hat zu ihr Stellung genommen und sie in sehr verschiedener Weise beantwortet. In ihrem ganzen geschichtlichen und gesetzespolitischen Umfang ist die Frage der politischen Verwaltungsmaßnahme von Ipsen in seinem Werke „Recht und Politik" behandelt worden. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung über beide Punkte ausschließlich bei der Verwaltungsbehörde liegen muß[163]), weil die „Qualifikation" einer Maßnahme als politisch nicht Urteil ist, sondern „ein Hoheitsakt des Bereichs, dem die Normsetzung angehört"[164]). Ganz dasselbe meint auch Carl Schmitt[165]), wenn er feststellt, daß die Entscheidung, ob eine Angelegenheit dem Bereiche der politischen Führung angehört oder nicht, ebenfalls eine politische Entscheidung ist. Man wird daher feststellen können: Wenn ein zukünftiges Reichsverwaltungsgesetz die politischen Fragen ausdrücklich und von vornherein aus der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte herausnimmt, so wird man die Unzulässigkeitserklärung im Einzelfalle einer Verwaltungsstelle überlassen müssen, die dem Dienstbefehle des Führers unterstellt ist und keine richterliche Unabhängigkeit genießt. Anders ist heute das Einspruchsverfahren des § 147 DBG. geregelt, wo ein unabhängiges Gericht über eine Rechtsfrage zu entscheiden hat, die in aller Regel dem Bereiche der Durchführung angehören wird.

Während so das Schrifttum überwiegend für die Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eintritt, ist Höhn ihr heftiger Gegner geblieben. Seine Darlegungen verdienen deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil er die Verwaltungsgerichtsbarkeit von durchaus eigenen und neuartigen Gesichtspunkten aus bekämpft. Er anerkennt den Staat nicht als juristische Persönlichkeit[166]) und verwirft auch den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts. Damit wird das „Verwaltungsrecht als Beziehungssystem zwischen dem Staat als Rechtssubjekt und dem Einzelnen als Rechtssubjekt" unmöglich. Es ist hinfort das „Recht der Gemeinschaftsordnung", es regelt die Aufgaben des Verwaltungsapparats"[167]). Ist aber eine solche Rechtsbeziehung ausgeschlossen, so kann zwischen Staat und Einzelnem auch kein Streitverhältnis mehr bestehen:

[162]) DV. 35, 363.
[163]) S. 280.
[164]) S. 293.
[165]) In: Staat, Bewegung, Volk. 1933. S. 17.
[166]) Der Staatsbegriff, insbesondere S. 227.
[167]) S. 60.

„Man kann den Staat nicht vor Gericht zitieren“[168]). Damit entfällt auch die Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Denn „Gerichtsbarkeit und Rechtsgang haben die Aufgabe, zwischen Gemeinschaftsgliedern die gestörte Gemeinschaftsordnung wieder herzustellen“[169]), und somit „greift die Verwaltungsgerichtsbarkeit über die Möglichkeiten hinaus, die für eine Gerichtsbarkeit in der Gemeinschaft gegeben sind“[170]). — Man wird die Schlüssigkeit dieses Gedankenganges vielleicht anerkennen können, wenn man seine Voraussetzungen bejaht. Doch läßt sich für eine, wie es scheint, wirklichkeitsnahe Betrachtung die Tatsache nicht streichen, daß zwischen dem einzelnen Glied der Gemeinschaft Beziehungen und auch Spannungen bestehen. Dies ist deshalb notwendig, weil das Glied der Gemeinschaft auch denkendes und fühlendes Einzelwesen ist und als solches zu der Wirklichkeit des völkischen Lebens in Beziehung tritt, wobei es durch die Anlage des menschlichen Denkens bedingt ist, daß es Beziehungen jeder Art in der Form des „Gegenüber“ vorstellt. Die Gemeinschaft schließt eben Gegensätzlichkeiten nicht aus, sondern ein, und es ist die Aufgabe des Rechts, auch diese Gegensätzlichkeiten begrifflich zu fassen und Wege zu ihrem Ausgleich zu suchen. Erweist sich hiezu die Entscheidung durch unabhängige Richter als geeignet, so wäre es falsch, sie aus begrifflichen Schlußfolgerungen heraus abzulehnen. Dafür aber, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Wirklichkeit zu Mißständen führt, bringt Höhn kaum einen Beleg. Er betont im Gegenteil ihre bisherige Bewährung und erkennt an, daß der Verwaltungsrichter mit dem Leben der Verwaltung in innerer Fühlung gestanden habe[171]). Das Gleiche gilt von Löwenstern[172]), der ebenfalls zu den Gegnern der Verwaltungsgerichtsbarkeit zählt.

So zeigt denn ein zusammenfassender Blick, daß das Schrifttum überwiegend einen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit fordert und auch mit Erfolg eine neue Sinngebung für sie aufgesucht hat. Was schließlich den Gesetzgeber anlangt, so hat er sich durchaus in gleicher Richtung entschieden: Schon das preußische Gesetz über die Anpassung der Landesverwaltung an die Grundsätze des nationalsozialistischen Staates vom 15. 12. 1933 (GS. 479) hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeit anerkannt, indem es ihre Formen änderte. Die DGO. hat Verwaltungsgerichte in einigen Fällen zur Entscheidung berufen, ohne allerdings einer künftigen Entwicklung „vorgreifen zu wollen“[173]). Jetzt hat das DBG. die bevorstehende Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichtes angekündigt und damit jeden Zweifel an den Absichten des Gesetzgebers unmöglich gemacht. Auch sind die sämtlichen besonderen Verwaltungsgerichte des Reiches[174]) unverkürzt geblieben. Es besagt demgegenüber nichts, wenn den Verwal-

[168]) S. 61.
[169]) S. 62.
[170]) S. 70.
[171]) S. 63, 69.
[172]) S. 261.
[173]) §§ 29/30. Amtliche Begründung in Kiefer-Schmid S. 712.
[174]) Aufzählung nach dem neuesten Stand bei Scholz S. 61

tungsgerichten die Entscheidungen in einzelnen Rechtsstreitigkeiten entzogen worden sind. So ist z. B. in Zukunft nach der DGO. §§ 106 ff. ein Streitverfahren zwischen Gemeinde und dem ihr übergeordneten Staat unmöglich. Aehnliches gilt für Streitigkeiten über Polizeikosten nach § 25 des Polizeibeamtengesetzes vom 24. 6. 1937 (RGBl. I 653). Eine völlige Ausschließung des Rechtswegs ist auch erfolgt in dem Gesetz über den Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934 (RGBl. I 1235) und eine teilweise im Gesetz über das Beschlußverfahren in Rechtsangelegenheiten der Deutschen Evangelischen Kirche vom 26. 6. 1935 (RGBl. I 774). Es handelt sich hier durchweg um Fälle, in denen ein Unterordnungsverhältnis zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts besteht oder die den Charakter der Ausnahmeregelung tragen[175]).

3.

Die Erörterung hat das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit festzustellen versucht, wie es heute im Gegensatz zur Vergangenheit von der Wissenschaft bestimmt wird. Alle Gesichtspunkte, die sonst für sie ins Feld geführt werden, gehören nicht hierher. Ihre Zusammenfassung findet sich bei Scholz[176]) und ist hier nicht zu wiederholen. Ebensowenig ist es Aufgabe dieser Arbeit, die einzelnen Verfahrensgrundsätze aufzusuchen, die eine zukünftige Reichsverwaltungsgerichtsordnung enthalten wird. Sie sind, wie schon ein flüchtiger Blick über das Schrifttum zeigt, noch sehr umstritten. Als Ergebnis der Darstellung wird dagegen festgehalten: Die bisherigen justizstaatlichen Regelungen haben heute ihren Sinn verloren. Selbst wenn man den Aufgabenkreis der Verwaltungsgerichte in der oder jener Hinsicht einschränken sollte, so wird man ihr doch die Entscheidung in den meisten Fällen bisheriger justizstaatlicher Gesetzgebung zuerkennen. Diese Meinung vertritt auch Sommer[177]), der im übrigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit großen Bedenken gegenübersteht. Wenn heute schon die Arbeitsleistung unter den Rechtsschutzbehörden so vorgenommen werden soll, daß die Verwaltungsgerichte öffentlichrechtliche Fragen entscheiden, so ist auch kein Grund ersichtlich, aus dem ihr wichtige Gebiete zu Gunsten der Zivilgerichte vorenthalten werden könnten. Auch das natürliche Schwergewicht der Ueberlieferung wird eine sinnvolle und übersichtliche Zuständigkeitsregelung nicht hindern können, wie sie für Gehaltsstreitigkeiten bereits heute vollzogen ist.

Es erhebt sich die Frage, ob eine Neuordnung für den von der staatlichen Verwaltungsmaßnahme Betroffenen in seiner Rechtsstellung eine Verschlechterung bedeuten würde. Sie läßt sich deshalb nicht genau beantworten, weil ein Gesetz über die zukünftige Einrichtung der Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit noch aussteht. Doch muß es möglich sein, sie schon an Hand der gegebenen Verhältnisse in Reich und Ländern zu lösen.

---

[175]) Ipsen S. 281.
[176]) S. 21 ff.
[177]) Ministerialdirektor Walter Sommer: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1937, S. 429.

Es sind zwei Dinge, die eine Gerichtsbarkeit als unparteiisch erscheinen lassen und deshalb als besondere Gewähr für eine gute Rechtsprechung gelten: Die Unabhängigkeit der Richter und ein gesetzlich geordnetes Verfahren. Beide sind im geltenden Recht gesichert und eine Verwaltungsgerichtsordnung des Reiches wird sie neu festlegen. Dabei wird man nicht verkennen dürfen, daß das Verwaltungsgerichtsverfahren im Vergleich zum Verfahren vor den ordentlichen Gerichten durchaus eigene Wege gehen muß.

Es wurde schon oben erwähnt, daß der sogenannte Amtsgrundsatz (Offizialmaxime) ebenso wie schon bisher in den Landesrechten „oberster Grundsatz“[178]) des Verwaltungsstreitverfahrens sein wird, desgleichen, daß bei der Anfechtung einer Verwaltungsmaßnahme der Staat nicht so Partei ist wie der Beklagte im bürgerlichen Rechtsstreit. Er ist vielmehr selbst Richter über die Entscheidung seiner Behörden, und das Gericht hat die Belange der Verwaltung selbständig zu wahren. So erwähnt z. B. das württ. VRPflG. den Staat überhaupt nicht als „Partei“, sondern sieht nur die Möglichkeit vor, daß ein Vertreter der zuständigen Behörde zur Verhandlung beigezogen wird (§ 68 Abs. 2 u. 3). Jedoch verdienen zwei andere Fragen des Verfahrens und der Verfassung der Verwaltungsgerichte unter dem Gesichtspunkte der Rechtssicherheit besondere Beachtung.

Es ist dies erstens die Frage, ob im Richterkollegium auch in Zukunft der Mehrheitsgrundsatz gelten, oder ob er durch die Entscheidung des Vorsitzenden ersetzt werden soll. Die Herausstellung des Führergrundsatzes auf diesem Gebiete und die Einwände, die gegen die alte Form der Urteilsfällung erhoben werden können, sind besonders eindrucksvoll in der Schrift von Freisler zusammengestellt: Soll verantwortungsvolle Richterpersönlichkeit oder Abstimmungszahlenspiel Grundlage des Urteils sein? Er leitet seine Einwände in erster Linie von den oft merkwürdigen Ergebnissen her, die eine verschiedene Beantwortung von Teilfragen durch die einzelnen Mitglieder des Kollegiums bei der Urteilsfällung hat. So richtig es ist, vorhandenen Mißständen auf diesem Gebiet entgegenzutreten, so hat doch die Gesetzgebung des Dritten Reiches an der bisherigen Form der Urteilsfällung nichts geändert[183]), und auch die Wissenschaft ist einer Durchbrechung des Mehrheitsgrundsatzes ziemlich einhellig entgegengetreten. Statt vieler sei Dankwerts[179]) erwähnt: Er stellt heraus, daß — auch im Rahmen der einheitlichen Ordnung „Verwaltung“ — Richten und Verwalten zwei verschiedene Tätigkeiten seien. Vom Richter wird nicht so sehr die entschlossene Meisterung einer Lage, als vielmehr Sorgfalt der Entscheidung, nicht so sehr Gestaltung, als überprüfende Gesetzesanwendung verlangt. Es muß deshalb jedenfalls für die höheren Stellen an einer Kollegialentscheidung festgehalten werden, und es ist nicht ersichtlich, weshalb die Grundsätze, die hier für den Zivilrichter gelten, nicht auch für die zukünftige Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit Anwendung finden sollen, wie dies schon jetzt im Landesrecht der

[178]) Brauchitsch S. 78.
[179]) S. 115.

Fall ist. Veiel[180]), der für das Gebiet des Finanzrechts entgegengesetzte Vorschläge ausgearbeitet hat, steht damit vereinzelt da. Außer ihm hat sich kein Anhänger der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegen die Mehrheitsabstimmung im Richterkollegium gewandt.

Mehr Grund zu Besorgnissen für die Rechtssicherheit des Einzelnen könnte die Tatsache geben, daß — nach bisherigem preußischem Rechte, zwischen Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht in den unteren Stellen teilweise Amtsvereinigung besteht. Bochalli[181]) bezeichnet diese Art der Verbindung treffend als „Umklammerung". Preußische Verwaltungsgerichte sind in den unteren Stellen nach § 7 LVG. die Kreis- und Stadtverwaltungsgerichte und die Bezirksverwaltungsgerichte[182]). Im Kreisverwaltungsgerichts führt nach § 36 Abs. 1 Satz 2 LVG. der Landrat den Vorsitz, im Stadtgericht der Bürgermeister (§ 37 Abs. 1 LVG.), im Bezirksgericht der Regierungspräsident (§ 28 Abs. 1 LVG.). So wirkt denn hier unter Umständen die gleiche Person, die den Erlaß der angefochtenen Verwaltungsmaßnahme verantwortlich veranlaßt hat, bei der Entscheidung über seine Rechtmäßigkeit mit. Die Bestimmung des § 30 Abs. 2 LVG., wonach der Regierungspräsident in solchem Falle als verhindert galt, ist durch § 5 Abs. 6 des Aenderungsgesetzes vom 15. 12. 1933 aufgehoben worden, eine Vorschrift, die auch den § 49 LVG. insoweit abgeändert hat. Ebenfalls ist eine Ablehnung des Richters in solchem Falle nicht möglich (§ 60 Abs. 2 LVG.). Der Zweck der Regelung ist offenbar: Sie soll eine enge Verbindung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit aufrecht erhalten, und so einer hinreichenden Beachtung der Verwaltungsbelange dienlich sein. Ihre Bedeutung für den Betroffenen wird sehr verschieden eingeschätzt. Bochalli tritt auch für die Zukunft für eine enge Umklammerung ein, während andererseits Scholz[184]) aus grundsätzlichen Erwägungen heraus die Beibehaltung der Amtsvereinigung für ausgeschlossen hält: „Richter in eigener Sache sein, ist der größte Widerspruch, der in Dingen des Rechts gedacht werden kann"[185]). Dieser Einwand ist zwar insofern nicht ganz glücklich, als praktische Nachteile in der bisherigen preußischen Praxis nicht hervorgetreten sind. Jedenfalls zeigt das Aenderungsgesetz, daß der Gesetzgeber sie nicht eben ernst nimmt. Andererseits wird man berücksichtigen müssen, daß die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in Zukunft wesentlich weitere Gebiete berühren wird, als bisher. Mit zunehmender Arbeitslast und Vielfalt der Rechtsgebiete werden sie von selbst zu einer selbständigeren Stellung kommen. Mit Rücksicht hierauf wird eine Lösung von den Organen der allgemeinen Landesverwaltung jedenfalls in den mittleren und höch-

[180]) DV. 1934, 293: Er schlägt ein Zusammenwirken von Vorsitzendem, Berichterstatter und Gegenberichterstatter vor. Der Vorsitzende entscheidet endgültig.

[181]) S. 15.

[182]) Name eingeführt durch preuß. Gesetz vom 15. 12. 1933 (GS. 479).

[183]) Siehe darüber besonders Kern S. 23 ff.

[184]) S. 162/163.

[185]) Ablehnend für das Gebiet der Versorgungsgerichtsbarkeit auf Grund praktischer Erfahrungen. Arendts S. 272.

sten Stellen geboten sein, wo genügend Streitigkeiten anfallen. Eine andere Frage ist die, ob der Regierungspräsident Vorgesetzter des Verwaltungsrichters in Dienstaufsichtssachen sein soll. Sie ist zu bejahen, weil die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht aus dem Gesamtaufbau der Verwaltung herausgelöst werden soll. Für sachgemäße Entscheidungen kann im übrigen hinreichend Sorge getragen werden, wenn Männer der Verwaltung in möglichst weitem Umfange in Richterstellungen verwendet werden.

Steht danach fest, daß Verfahren und Zusammensetzung der Verwaltungsgerichte geeignet sind, dem Einzelnen wirksamen Rechtsschutz zu gewähren, so bleibt noch zu prüfen, wie es mit der Unabhängigkeit des Verwaltungsrichters bestellt ist. Ein Vergleich zwischen den ordentlichen Gerichten und den bestehenden Verwaltungsgerichten der Länder und des Reiches soll zeigen, welche Grundsätze heute für dieses Gebiet gelten. Für die Zivilgerichte ergeben sich die einschlägigen Bestimmungen aus dem GVG. Sie könnten sich zwar nach ihrem Wortlaut auch auf die Verwaltungsgerichte beziehen, gelten aber, wie die Reichsjustizgesetze überhaupt, nur für die ordentlichen Gerichte. Zum Vergleich aus dem Landesrecht wird die preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit herangezogen: Die Einwirkung des größten deutschen Landes auf die Rechtserneuerung ist überall greifbar. Auch abgesehen davon ist die Einrichtung des preußischen OVG. im Schrifttum als vorbildlich bezeichnet worden[186]). Die einschlägigen Bestimmungen finden sich im preußischen „Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung" vom 30. 7. 1883 (GS. S. 195) und im „Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsverfahren"[187]), von dem nur noch der Titel VII über das OVG. in Geltung ist. Als vorbildliche Reichsverwaltungsgerichte können die Finanzgerichte gelten. Einmal, weil sie in ihrer heutigen Form noch im Jahre 1931 gesetzlich bestätigt wurden — die Reichsabgabenordnung erschien am 22. 5. 1931 (RGBl. I 161) in stark veränderter Fassung neu, zum andern, weil ihre Einrichtung auch durch das nationalsozialistische Steueranpassungsgesetz nicht berührt wurde (vom 16. 10. 1934 RGBl. I 925). Außer diesen Gesetzen gelten für alle Gerichte des Reiches und der Länder die Bestimmungen des Art. 102[188]) der Weimarer Verfassung als bindend: Der Begriff der „Rechtspflege" in der Ueberschrift des siebenten Abschnitts umfaßt auch die verwaltungsrechtliche Tätigkeit. Art. 104[189]) gilt dagegen kraft ausdrücklicher Bestimmung nur für den Zivilrichter. Unabhängig von der Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung sind diese Sätze noch heute geltendes Recht, weil sie der Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes entsprechen[190]).

---

186) Köhler S. 263.
187) Fassung vom 12. 8. 1880 (GS. S. 328).
188) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.
189) Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit ernannt. Sie können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung .... dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden.
190) Hermann Göring: Rechtssicherheit.

Der Begriff der sachlichen Unabhängigkeit des Richters ist von Dankwerts treffend mit dem Ausdruck „Freistellung vom Dienstbefehl" übersetzt worden. Wenn der Richter ein Urteil fällt, soll er nur seinem Gewissen unterworfen sein. Dieses Grundgesetz allen Richtertums ist in Art. 102 RV. niedergelegt. Für die ordentlichen Gerichte ergibt es sich aus § 1 GVG., für die Finanzgerichte aus der RAO. § 48 Abs. 5 und für den Reichsfinanzhof noch besonders aus § 56 RAO. Was die preußische Gesetzgebung anlangt, so ist er in ihr nicht ausdrücklich niedergelegt: Wenn jedoch nach § 79 LVG. das Verwaltungsgericht nach seiner freien Ueberzeugung zu entscheiden hat, so setzt dies die Freistellung vom Dienstbefehl mit Notwendigkeit voraus. Das Schrifttum hat deshalb den § 79 LVG. schon vor 1919 als gesetzliche Festlegung der richterlichen Unabhängigkeit genommen[191]). Das württembergische Recht stellt sie ebenfalls nicht ausdrücklich fest.

Die persönliche Unabhängigkeit des Zivilrichters wird durch GVG. §§ 6 ff. und den Art. 104 RV. gewährleistet. Sie ist — eine notwendige Folge der Umklammerung — in den unteren Stellen der Verwaltungsgerichte nicht gegeben. Dies gilt sowohl für die preußischen Verwaltungsgerichte wie für die Finanzgerichte, deren Mitglieder „für die Dauer ihres Hauptamtes"[192]) ernannt werden. Die persönliche Unabhängigkeit des Zivilrichters äußert sich in der Ernennung auf Lebenszeit[193]), im Bezug eines festen Gehalts unter Ausschluß von Gebühren[194]), vor allem aber in der Unversetzbarkeit und Unabsetzbarkeit des Richters[195]). Seine Unversetzbarkeit ist auch im Dritten Reich bestehen geblieben. Für den Reichsfinanzhof verweist § 56 Abs. 1 RAO. auf Art. 104 RV., für den Richter des pr. OVG. ergibt sich seine Unversetzbarkeit aus der Ernennung auf Lebenszeit (§ 18 VGG.), für den Richter des württ. Verwaltungsgerichtshofes aus Art. 23 Abs. 3 des württ. Beamtengesetzes vom 21. 1. 1929 (Reg.-Bl. S. 7). Dagegen sind die Vorschriften über die Unabsetzbarkeit der Richter durch das DBG. einschneidend geändert worden. Sie sind jetzt, von einer Ausnahme in der Reichsdienststrafordnung abgesehen, den gleichen Vorschriften unterworfen wie alle andern Beamten. Entgegenstehende Vorschriften sind nach § 171 Abs. 1 DBG. aufgehoben. Diese Regelung erscheint selbstverständlich: Der Beamte ist an sich schon hinreichend gegen willkürliche Entlassung geschützt. Wer aber nach den rechtlichen Grundsätzen des DBG. nicht geeignet erscheint, ein Amt zu bekleiden, kann auch nicht auf dem verantwortungsvollen Posten eines Richters belassen werden. Es ist zu bemerken, daß das DBG. in einigen Punkten dem Richter auch hier seine Sonderstellung belassen hat: Vgl. §§ 6, Abs. 2, 68 Abs. 2, 71 DBG. Diese Gleichschaltungsbestimmungen gelten auch für die Beamten des höchsten deutschen Gerichts. Die besonderen Schutzvor-

[191]) Brauchitsch, S. 122.
[192]) RAO. § 49.
[193]) § 6 GVG., Art. 104 RV.
[194]) § 7 GVG. in späteren Gesetzen nicht erwähnt.
[195]) § 8 GVG., Art. 104 RV.

schriften, mit denen das GVG. in seinen §§ 126 ff. ihr Ausscheiden aus dem Amt umgeben hat, sind gefallen. Die Amtsenthebung in den Formen des § 126 GVG. durch Plenarbeschluß des Reichsgerichts läßt sich nur noch in Sonderfällen vorstellen, nämlich soweit diese Bestimmung über den Inhalt des DBG. hinausgeht. Im übrigen findet Amtsenthebung und Ausscheiden aus dem Amt nach den Vorschriften des DBG. statt. Es bleibt in Hinsicht auf die Fragestellung bemerkenswert, daß für das preußische OVG. die richterliche Unabsetzbarkeit fast wörtlich aus dem GVG. übernommen war[196]). Ebenso verwies die RAO. in ihrem § 56 Abs. 2 auf die Vorschriften, die für die Mitglieder des Reichsgerichtes gegolten haben. Für die Mitglieder des württ. Verwaltungsgerichtshofes ist Art. 92 des Württ. Beamtengesetzes zu vergleichen. Wenn weiterhin § 110 der Reichsdienststrafordnung die Mitglieder des zu errichtenden Reichsverwaltungsgerichts in bezug auf das Dienststrafverfahren den Mitgliedern des Reichsgerichts gleichgestellt, so kann man auch daraus entnehmen, daß die persönliche Stellung von Verwaltungsrichter und Zivilrichter in Zukunft wie heute eine verwandte sein wird.

Für die Rechtsstellung der Partei vor dem Verwaltungsgericht ist schließlich noch von Bedeutung, daß das LVG. § 61 und das württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 8 für Ausschließung und Ablehnung von Richtern auf die bürgerlichen Prozeßordnungen verweisen, während die RAO. in ihren §§ 67 ff. selbst sinnentsprechende Bestimmungen enthält. Eine besondere Verstärkung der Rechtssicherheit könnte man auch noch darin erblicken, daß in den obersten Verwaltungsgerichten regelmäßig die Hälfte der Mitglieder die Fähigkeit zum Richteramte haben muß. Alle diese Umstände zeigen in hinreichendem Maße, daß die Verwaltungsgerichte auch vom Standpunkt des Klägers aus gesehen jede Sicherheit für eine unabhängige und gerechte Entscheidung zu bieten vermögen.

[196]) Vgl. die §§ 126/127 GVG. mit 21/22 VGG. § 128 Abs. 2 GVG. mit 23 VGG. § 129 Abs. 1 GVG. mit 24 VGG.

VI. Der Justizstaat im Gesetz.

A.

Das Beamtenrecht.

1.

Die Weimarer Verfassung ist nicht aus einem Guß. In ihr ist nicht, wie es der Begriff einer lebendigen „Verfassung" erfordert, das Bekenntnis zu einer bestimmten Lebensform enthalten, sie ist vielmehr ein Kompromiß, ausgehandelt unter den Parteien der Weimarer Koalition. Weder die Sozialdemokraten noch das Zentrum waren stark genug, ihre Ideale vom Sozialismus oder vom christlichen Ständestaat zu verwirklichen. So wurde die Verfassung zum vorläufigen Ausgleich, zur Einigung über die formalen Bedingungen des zukünftigen politischen Kampfes. Die geeignete Grundlage hiefür boten die alten demokratischen Ideen von Gleichheit und Freiheit. So tauchte denn in der Weimarer Verfassung das Grundrechtsverzeichnis auf, kein Sieg neuer Ideen, wie sie dem Marxismus als Urheber des November-Umsturzes doch immerhin zu eigen waren, sondern der innerlich überwundenen Ideale von 1789. Es entspricht diesem Gesamtbild, daß auch die überlieferten justizstaatlichen Regelungen, wie sie vom Liberalismus im 19. Jahrhundert erkämpft worden waren, ohne jede Erörterung in die Verfassung übernommen wurden. In den Berichten und Protokollen[197]) des 8. Ausschusses der Nationalversammlung findet sich kaum eine Bemerkung über den Sinn und Zweck der Vorschriften, die den ordentlichen Rechtsweg einführten. Das gilt selbst im Falle des Art. 131 RV., dessen Satz 3 für das positive Recht sehr schwerwiegende Aenderungen mit sich brachte und der doch mit keinem Worte Erwähnung fand. Diese Selbstverständlichkeit verdient deshalb besondere Beachtung, weil in dem Abschnitt zwischen der Zeit justizstaatlicher Gesetzgebung und der Einführung der Weimarer Verfassung wichtige wissenschaftliche Fortschritte erzielt waren. Die Fiskuslehre war aufgegeben und die öffentlichrechtliche Natur auch der finanziellen Beziehungen zwischen Staat und Einzelnem erkannt worden. Soweit das Beamtenrecht in Frage kommt, hat Groh[198]) die Wandlung am deutlichsten geschildert. Seine öffentlichrechtliche Natur war im Jahre 1919 längst allgemein anerkannt, und auch der Gesetzgeber ging von ihr aus, wie sich aus § 1 Abs. 1 des Reichsministergesetzes vom 27. 3. 1930 (RGBl. I 96) ergibt. In der Beibehaltung des Rechtswegs für Beam-

[197]) Verhandlungen: Insbesonders S. 507 ff. Nur auf S. 382 eine kurze Anmerkung über die redaktionelle Fassung des Art. 131 RV. und sein Verhältnis zu den Landesgesetzen.

[198]) Siehe besonders die Zusammenfassung S. 99 ff.

tenansprüche zeigt sich so auch hier, was für die Verfassung im allgemeinen gilt: Sie ist eine schwächliche Uebernahme der Ideale von 1789 und 1848.

Kernpunkt des Art. 129[200]) RV. ist der Begriff der „wohlerworbenen Rechte", während umgekehrt das neue Deutsche Beamtengesetz die Pflichten der Beamten in den Vordergrund und an seinen Anfang stellt. Wie bereits dargelegt wurde, hat er in der Rechtsgeschichte auch verfahrensrechtliche Bedeutung gehabt. Es hat daher geschichtlich einen guten Sinn, wenn die Zulässigkeit[201]) des Rechtswegs gerade im Zusammenhang mit dem Begriff der wohlerworbenen Rechte festgelegt wird. Diese Verbindung stellt den Beamten ganz hinein in den Gegensatz Staat — Einzelner, von dem das Naturrecht und der Liberalismus ausging. Die Folgen einer derartigen Regelung haben sich gezeigt; sobald den Beamten finanzielle Opfer zugemutet wurden, haben sie vor dem ordentlichen Gericht für ihre wohlerworbenen Rechte gestritten. Nachdem heute eine derartige Einstellung weggefallen ist, lag es für das DBG. nahe, Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnisse dem Verwaltungsrechtsweg zu unterstellen. Es ist bemerkenswert, daß die Forderung nach der Beseitigung des Justizstaats auf diesem Gebiet schon früh von Verwaltungsrechtlern erhoben wurde[202]). In der Erörterung, die sich um die Berechtigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit entsponnen hat, ist die Einführung der Verwaltungsgerichte auf dieses Gebiet fast einhellig gefordert worden[203]). H. Wagner[204]) hat allerdings eine andere Lösung vorgeschlagen: Der Beamte soll bei der Stelle, die ihn nach seiner Meinung in seinen Rechten verletzt hat, Beschwerde einlegen. Sie ist gehalten, die Beschwerde an die dienstvorgesetzte Behörde weiter zu leiten, die frei entscheidet. Fragen, deren rechtliche Beurteilung besondere Schwierigkeiten bietet, oder die von grundsätzlicher Bedeutung sind, sollen zur Entscheidung an ein Verwaltungsgericht verwiesen werden. Dieser Weg erscheint zu umständlich, um gangbar zu sein. Wenn wir schon vom Gedanken des Rechtsschutzes ausgehen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit einschalten, dann ist es nicht zweckmäßig, einer Verwaltungsstelle die Entscheidung über ihre Anrufung zu überlassen. Auch sind es erfahrungsgemäß gerade die Streitigkeiten des Alltags, bei denen noch am ehesten die Gefahr einer flüchtigen und damit ungerechten Entscheidung besteht. Umgekehrt rühren grundsätzliche Fragen am ehesten an Gebiete, wo die politische Führung ohne Rücksicht auf die Belange des Einzelnen zur Entscheidung berufen ist.

---

[200]) Abs. I: Die Anstellung der Beamten erfolgt auf Lebenszeit. Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung werden gesetzlich geregelt. Die wohlerworbenen Rechte der Beamten sind unverletzlich. Für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten steht der Rechtsweg offen.

[201]) Art. 129 schreibt die Zulässigkeit des Rechtswegs vor, während in Art. 131 und 153 vom „ordentlichen Rechtsweg" die Rede ist. Es ist kein Zweifel, daß in beiden Fällen nur die Zivilgerichte gemeint sind. RG. 109, 284, (286). 119, 296 (300). Die entgegengesetzte Ansicht verstößt gegen den offenbaren Sinn des Gesetzes.

[202]) Bühler S. 176.

[203]) Z. B. Huber DR. 404, Fischbach: subj. öffentl. Rechte S. 845.

[204]) H. Wagner S. 122.

Die Lösung des DBG. ist folgerichtig und jeder andern vorzuziehen. Die Bedeutung des Rechtsgedankens, der in Art. 129 Abs. 1 Satz 4 niedergelegt ist, war im Weimarer Reich eine sehr erhebliche und die Zulässigkeit des Rechtswegs hat eine Reihe bedeutsamer Entscheidungen des Reichsgerichts zur Folge gehabt. Sie sind allerdings fast durchweg dem Gebiete des preußischen Beamtenrechts angehörig, während sonst Gehaltsstreitigkeiten von Beamten recht selten sind[205]). Die Gedanken und Anschauungen, die auf diesem Gebiete entwickelt worden sind, können zum Teil auch für die Rechtsprechung des zukünftigen Reichsverwaltungsgerichts noch Bedeutung haben. Es ist daher auch noch heute notwendig, den derzeit bestehenden Rechtszustand zu erörtern.

Der Kreis der Personen, die durch Art. 129 erfaßt werden, geht über die Beamten im engeren Sinne hinaus. Zunächst wird Abs. 1 durch Absatz 4 erweitert, der dem Berufssoldaten der Reichswehr die gleiche Rechtsstellung verleiht. Ihm entspricht heute für die neue Wehrmacht § 31 des Wehrgesetzes vom 21. 5. 1935 (RGBl. I 609). Dagegen wurde schon oben gezeigt, daß für die Versorgung der gedienten Soldaten der Rechtsweg nicht eröffnet ist (§ 32 Abs. 1 Wehrgesetz). Das Wehrmachtsversorgungsgesetz und das Gesetz über das Verfahren in Versorgungssachen vom 10. 1. 1922 (RGBl. I 59) haben vielmehr in Anlehnung an den Aufbau der Sozialversicherung eigene Versorgungsgerichte geschaffen, die als besondere Verwaltungsgerichte des Reiches anzusprechen sind[206]). Sie sind damit in gewissem Sinne Vorläufer des DBG. geworden. Freilich wurde die Verfassungsmäßigkeit der beiden Gesetze im Hinblick auf Art. 129 angezweifelt. Das Reichsgericht hat jedoch in einer Entscheidung des 119. Bandes[207]) die Ausschließung des Rechtswegs verfassungsmäßig erklärt, da die Tätigkeit des Gesetzgebers im Jahre 1919 beweise, daß er die Versorgungsansprüche nicht mit unter den Begriff der Gehaltsstreitigkeit habe bringen wollen. Es ist für sicher anzunehmen, daß auch § 31 des Wehrgesetzes fallen wird, nachdem das DBG. die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Beamte ausgeschlossen hat[208]). Dabei werden die Gehaltsstreitigkeiten der kurzdienenden Soldaten vielleicht eine andere Behandlung erfahren als die der Langdienenden Mannschaften und Offiziere. Denkbar wäre für Militärpersonen eine besondere Zusammensetzung des Gerichts. Doch wird die Einrichtung eigener Verwaltungsgerichte der Wehrmacht für die verhältnismäßig seltenen Streitfälle nicht in Frage kommen können. Zudem sind die Beamten der Wehrmacht ja schon jetzt dem DBG. und damit dem allgemeinen Verwaltungsgericht unterstellt.

Auch die Reichsminister standen unter dem Schutze des Art. 129, obwohl sie bisher nicht Beamte im Sinne der Beamtengesetzgebung waren

[205]) Im Bezirk des OLG. Stuttgart sind seit 1919 nur 4 Gehaltsklagen zu verzeichnen.
[206]) Ueber ihre Reformbedürftigkeit vgl. Arendts 272.
[207]) RG. 119, 296 (302).
[208]) Gleicher Ansicht Heckel DZ. 35, S. 782.

(Reichsministergesetz § 1 Abs. 2). Eine Ausnahme galt lediglich für die Festsetzung einer Ruherente, wenn ein Minister im Dienste an seiner Gesundheit geschädigt wurde. Ueber sie entschied der Reichspräsident unter Ausschluß des Rechtswegs (§ 18 Abs. 3). In Zukunft fallen die Reichsminister ohne weiteres unter die Vorschriften des DBG. Das Reichsministergesetz ist aufgehoben (§ 184 Abs. 2 Ziffer 5 DBG.).

Auch die Rechtsprechung hat den Kreis der Personen ausgedehnt, die unter Art. 129 fallen. Das Reichsgericht hat ihn auf Gehaltsansprüche der Pfarrer angewandt[209]). Zwar heißt es in Art. 137 Abs. 3 RV., daß die Kirche ihre Angelegenheiten und das Verhältnis zu ihren Pfarrern selbständig regle. Trotzdem meint das Reichsgericht, die Stellung des Pfarrers zur Kirche mit einer Beamtenstellung im Sinne der Reichsverfassung vergleichen zu können und urteilt deshalb über seine wohlerworbenen Rechte auf Gehalt. Bei der Aehnlichkeit, die zwischen der Stellung eines Pfarrers und der eines Beamten im Verhältnis zur Kirche bzw. zum Staat besteht, hat das Reichsgericht durchaus sinngemäß gehandelt. Die Aehnlichkeit der Stellung hindert jedoch nicht, daß die beiden Personen ganz verschiedenen Lebensbereichen angehören. Da der Pfarrer als Diener der Kirche nicht in einem inneren Verhältnis zum Staate steht, kann seine Unterwerfung unter die Verwaltungsgerichte nicht in Frage kommen. Bei der zunehmenden Ablösung der Kirche vom Staat wird sich der Dienstvertrag des Pfarrers im Streitfalle immer mehr nach privatrechtlichen Grundsätzen beurteilen und Ansprüche aus ihm werden deshalb auch in Zukunft im Zivilrechtswege ausgetragen werden.

Auch in sachlicher Hinsicht umfaßt die Rechtsprechung der Zivilgerichte auf dem Gebiete des Beamtenrechts einen weitgezogenen Kreis. In Anlehnung an das preußische Gesetz von 1861 hat Art. 129 alle vermögensrechtlichen Ansprüche, auch die auf Nebenvergütungen, Aufwandsentschädigungen, Tagegelder, Reisekosten in den Rechtsweg verwiesen, während z. B. das württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz in seinem Art. 2 Ziffer 1 nur die „ständigen" Bezüge der Beamten zum Gegenstand eines Zivilrechtsstreites machte. Das DBG. hat in diesem Punkt die Vorschrift des Art. 129 übernommen. Als vermögensrechtlich gilt dabei der Streit um jede vermögenswerte Leistung, so auch um die Zuteilung einer Dienstwohnung[210]). Dagegen konnte der Beamte die Einsicht in seine Personalakten auch zur Zeit der Weimarer Verfassung nicht im Wege der Zivilklage erzwingen, obwohl er damals ein subjektives öffentliches Recht darauf hatte (Art. 129 Abs. 3 Satz 3).

Ueber diesen Umfang des Art. 129 hinaus wurde seine Beschränkung auf vermögensrechtliche Streitigkeiten insofern durchbrochen, als zur Entscheidung über Gehaltsstreitigkeiten vielfach die Entscheidung von andern beamtenrechtlichen Fragen erforderlich ist. So kommt das Reichsgericht 1932 zu folgendem Ergebnis[211]): Eine Klage auf Feststellung der

[209]) Recht 1926 Nr. 1995 S. 589 (Das Recht. Juristisches Zentralblatt Berlin 1926).
[210]) Nipperdey S. 262.
[211]) RG. 146, 159 (164).

Beamteneigenschaft ist ausgeschlossen. Denn alle Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis sind öffentlichrechtlicher Natur und nur nach Maßgabe besonderer Bestimmungen im Rechtsweg zu verfolgen. Nach Art. 129 ist aber zulässig die Feststellungsklage dahin, daß die Bezüge des Klägers Gehaltsbezüge sind und nicht bloße Lohnzahlungen an einen Angestellten. Denn an der Feststellung des Rechtscharakters der Bezüge hat der Kläger ein rechtliches Interesse. Das Reichsgericht geht sogar so weit, auf eine so gefaßte Klage mit einem Verbesserungsvorschlag zu antworten. Es legt dem Kläger folgende Fassung nahe: Er beziehe sein Gehalt als Gehalt eines auf Lebenszeit angestellten Beamten. Die Folgen einer derartigen Rechtsprechung sind schwerwiegend. Zwar erlangt die Feststellung, daß der Kläger Beamter ist, keine Rechtskraft gegenüber der Verwaltung und gegenüber der Oeffentlichkeit. Sie ist nur als Voraussetzung für die Entscheidung des Hauptanspruchs getroffen. Dagegen muß der Staat den Kläger auf Lebenszeit als Beamten bezahlen. Bei dem Gewicht, das der finanziellen Seite des Beamtenverhältnisses zukommt, wird er gar nichts anderes tun können, als ihn in einer seinen Verhältnissen entsprechenden Dienststellung zu verwenden. Es wird so dem Staate mittelbar ein Beamter aufgezwungen. Da die Rechtsprechung des RG. an den Begriff des Beamten lange Jahre nur sehr geringe Anforderungen stellte, waren derartige Fälle recht häufig: Wer auch nur kurze Zeit gegen Entgelt eine hoheitliche Tätigkeit ausgeübt hatte, war damit ohne weiteres pensionsberechtigter Beamter mit festen Bezügen geworden. Schließlich mußte der Gesetzgeber eingreifen: Schon das Pr. Kommunalbeamtengesetz vom 30. 7. 1899 (GS. 141) hatte in seinem § 1 zur Voraussetzung der Anstellung als Kommunalbeamter die Aushändigung einer Anstellungsurkunde gemacht. Dies wurde auch für Reichsbeamte im Gesetz vom 30. 6. 1933 Kapitel II § 3 vorgeschrieben. Gleichzeitig schaffte sich das Reich in § 5 des Gesetzes die vom Reichsgericht „ernannten" Beamten vom Halse: Wer vor Inkrafttreten der neuen Vorschrift im Reichsdienst beschäftigt war, ohne ausdrücklich als Beamter berufen zu sein, „hat nicht die Rechte der Reichsbeamten, auch wenn gegenteilige Zusicherungen, Vereinbarungen, Vergleiche, rechtskräftige Urteile und Schiedssprüche vorliegen". § 6 erstreckte die Vorschrift auch auf die Länder. Jedoch hat das Reichsgericht nach Erlaß dieses Gesetzes im Jahre 1935 ein Urteil gefällt [211a]), das, mag es auch nach dem Wortlaut der Bestimmungen nicht angreifbar sein, nach meiner Meinung Widerspruch verdient: Ein Angestellter war durch Urteil des Reichsgerichts vom Jahre 1932 in die Lage versetzt, Beamtenbezüge beanspruchen zu können, trotzdem er bereits im Jahre 1923 unter Anerkennung seiner Eigenschaft als Angestellter aus städtischen Diensten ausgeschieden war. Unter ausdrücklichem Bezug auf dieses Urteil und nur der Ordnung halber hatte die Stadtgemeinde dem Kläger eine Berufungsurkunde übersandt. Dieser rein formelle Grund hat das Reichsgericht bewogen, den Kläger auch noch fernerhin als Beamten anzusprechen. Es hat damit im Ergebnis die Folge

[211a]) RG. 147, 36.

seiner eigenen vom Gesetz ausdrücklich mißbilligten Rechtsprechung aufrechterhalten und in enger Anlehnung an formelle Gesichtspunkte dem Sinn der Neuregelung zuwidergehandelt, so wie er sich dem Nicht-Juristen darstellt. Es kann bei aller Achtung vor dem oft bewiesenen Verantwortungsbewußtsein des höchsten deutschen Gerichts nicht übersehen werden, daß ihm solche Urteile notwendig den Vorwurf der Lebensfremdheit eintragen müssen, wie er in der Oeffentlichkeit bis in die letzte Zeit immer wieder erhoben wird.

Das Reichsgericht hat nicht nur die Entstehung der Beamteneigenschaft überprüft, sondern auch die Frage, wann ein Beamtenverhältnis beendigt sei. § 155 RGB. und die entsprechenden Landesvorschriften binden zwar ebenso wie heute das DBG. (§ 146) die Gerichte an die notwendige Vorentscheidung der Behörden über die Beendigung des Beamtenverhältnisses. Wenn diese Bindung überhaupt einen Sinn haben soll, so ist es klar, daß den Zivilgerichten hier auch die Nachprüfung von Rechtsfragen verboten ist. Dies gilt jedoch nicht, soweit der rechtliche Bestand einer Beamtenentlassung oder Zurruhesetzung überhaupt in Frage gestellt ist; denn eine nichtige Verwaltungsmaßnahme vermag die Gerichte nicht zu binden, da eine selbstverständliche Voraussetzung für jegliche Wirkungsausstrahlung einer Rechtshandlung deren rechtlicher Bestand ist[212]). So hat das Reichsgericht — immer nur im Blick auf die vermögensrechtlichen Ansprüche, die in der Hauptsache erhoben wurden — auch die Rechtmäßigkeit der Zurruhesetzung von Beamten untersucht. Als das Pr. Altersgrenzengesetz vom 15. 12. 1920 (GS. S. 621) die Altersgrenze für die Beamten mit 65 Jahren festgesetzt hatte, erklärten Präsident und Räte des Pr. Oberverwaltungsgerichtes ihre daraufhin verfügte Zurruhesetzung für gesetzwidrig, weil sie der im Verwaltungsgerichtsgesetz niedergelegten Gewähr richterlicher Unabhängigkeit widerspreche, deren Bestand durch Verfassungsgrundsätze gesichert sei. In seiner Entscheidung vom 14. 3. 1922[213]) fand sich das Reichsgericht zuständig, hierüber zu entscheiden. Es bejahte hier die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, doch zeigt auch dieses Urteil, welch weit wirkende Möglichkeiten in Art. 129 gelegt waren, und wie die Entscheidung über vermögensrechtliche Ansprüche notwendig zu einem Urteil über die Tätigkeit der Verwaltung überhaupt führen muß.

Nicht vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten werden auch in Zukunft im Verwaltungswege entschieden werden, soweit nicht etwa eine ausdrückliche Vorschrift oder eine Generalklausel über das DGB. hinausgehen sollte. Bisher fehlten solche Bestimmungen im Reich und in Preußen, dagegen sind sie in andern Landesrechten enthalten. So hat z. B. der württembergische Verwaltungsgerichtshof, aber auch das thüringische und sächsische Oberverwaltungsgericht mehrfach über das Recht der Beamten auf Amt und Beförderung entschieden[214]). In Zukunft wird sich die Klagemöglichkeit auf den Fall vermögensrechtlicher Streitigkeiten be-

[212]) Vahlbruch S. 45.
[213]) RG. 104, 58 (59).
[214]) Siehe die Urteile bei H. Wagner S. 132.

schränken. In einer Hinsicht bringt jedoch das DBG. eine bemerkenswerte Neuerung und Erweiterung:

Die Rechtsprechung hat sich bis in die neueste Zeit mit der Frage beschäftigt, ob und in welcher Form eine Fürsorgepflicht des Staates für den Beamten besteht, aus der vermögensrechtliche Ansprüche erwachsen könnten. Den letzten Stand in dieser Frage zeigt wohl eine Entscheidung aus dem Jahre 1934[215]). Danach ergibt sich aus der Befehlsgewalt des Staates gegenüber den Beamten und aus dem für das Zivilrecht in § 618 BGB. niedergelegten Rechtsgedanken, daß den Staat eine öffentlichrechtliche Fürsorgepflicht trifft, die allerdings nicht zu weit ausgedehnt werden darf. Ueber eine Verletzung kann aber das ordentliche Gericht nur entscheiden, wenn sich die Klage auf schuldhafte Pflichtverletzung des Vorgesetzten stützt. Ansprüche können also nur auf dem Wege über Art. 131 RV. geltend gemacht werden. Das Recht auf Fürsorge war bisher wohl anerkannt, konnte jedoch nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung verfolgt werden. Das DBG. hat in Fortbildung des bisherigen Rechts die Fürsorgepflicht des Staates in seinem § 36 ausdrücklich festgelegt. Das ist nicht nur bezeichnend für die hohe Vorstellung, die das DBG. vom Beamtenverhältnis hat, es führt auch zu verfahrensrechtlichen Folgen: Die Begründung zum DBG[216]) bringt zum Ausdruck, daß Klagen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht vor den Verwaltungsgerichten zu erheben sind. Die Ansprüche leiten sich damit nicht mehr aus unerlaubter Handlung, sondern unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis her. Diese Klage wird dem Wesen eines gegenseitigen Treueverhältnisses besser gerecht als bisher der Umweg über Art. 131 RV.

Das DBG. hat noch eine weitere Frage abschließend und vereinfachend geregelt, die für die Austragung beamtenrechtlicher Ansprüche von Bedeutung ist: Nach § 142 Abs. 2 DBG. werden vermögensrechtliche Ansprüche des Dienstherrn gegen den Beamten in Zukunft gleichfalls vor den Verwaltungsgerichten verfolgt[217]). Eine solche Klage – es wird sich in der Regel um Schadensersatz- oder Rückgriffsansprüche handeln – unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis war bisher nicht bekannt[218]). Zwar bot das Defektenverfahren für einen beschränkten Kreis von Tatbeständen eine verwaltungsrechtliche Handhabe, von einem Beamten Ersatz zu verlangen. Im übrigen aber hatte der Staat irgend welche Ansprüche gegen seine Beamten als Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung geltend zu machen. Bühler erörtert zwar schon im Jahre 1911 die Möglichkeit einer unmittelbaren Klage aus dem Beamtenverhältnis und entsprechend der bürgerlichrechtlichen Vertragsklage, wofür

215) RG. 146, 369 (373).

216) Seel S. 96.

217) Eine Ausnahme ergibt sich für Beamte der Justizverwaltung, weil hier wesentlich über Fragen des Zivilrechts zu entscheiden ist (Seel S. 111), insbesondere wenn es sich bei Rückgriffsansprüchen um die Frage einer Amtspflichtverletzung handelt.

218) Es verdient besonders hervorgehoben zu werden, daß nach der älteren württ. Praxis der Geheime Rat, also eine Art Verwaltungsgericht, über solche Streitigkeiten entschied. Bühler S. 159 ff.

er den Verwaltungsrechtsweg vorschlägt[219]). Die Zweifel, die er selbst an der Richtigkeit seiner Ansicht hat, beweisen, daß die Praxis sich stets an die Ansprüche aus unerlaubter Handlung gehalten hat. Stölzel[220]) stellt dies ausdrücklich fest unter Hinweis auf § 11 EGGVG., wonach für die Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen die Beamten der Rechtsweg offen bleiben müsse. Diese Regel gelte auch für den Staat. Der Verwaltungsrechtsweg sei hier ausgeschlossen und das Defektenverfahren eine Ausnahme. Für den besonders häufigen Fall der Rückgriffsklage macht Delius[221]) ähnliche Ausführungen, die er ausdrücklich auf alle Klagen des Staats gegen den Beamten erstreckt. Im übrigen wird der Staat, wenn er Ansprüche gegen einen Beamten zu haben glaubte, sie regelmäßig durch Einbehaltung eines Gehaltsteils verwirklicht haben, also durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts[222]). Der Beamte wurde dadurch selbst zum Beschreiten des ordentlichen Rechtswegs gedrängt.

In beiden Fragen, bei Verletzung der Fürsorgepflicht und im Falle der Verpflichtung des Beamten, hat das DBG. das Beamtenverhältnis als Lebensverhältnis von eigenartiger Natur herausgearbeitet, aus dem unmittelbar Ansprüche abgeleitet werden können. Sie werden in einem Verfahren verhandelt, das der rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses entspricht. Die einheitliche Auffassung, die hierin zum Ausdruck kommt, wird für die Lösung später noch auftauchender Fragen einen sicheren Stand abgeben.

2.

Es bleibt die Aufgabe, auf die Besonderheit des Defektenverfahrens einzugehen, das heute als Erstattungsverfahren neu geregelt ist[223]). Entgegen den verwaltungsfeindlichen Bestrebungen des 19. Jahrhunderts hat es sich als eigenständige Erledigung verwaltungsrechtlicher Fragen durchgesetzt[224]). Es entsprach dem Bedürfnis des täglichen Lebens, bei einem Abmangel in öffentlichen Kassen rasch und wirksam im Wege der vorläufigen Vollstreckung zuzugreifen, in so hohem Maße, daß es auch vom RBG. in seinen §§ 134 ff. übernommen wurde, während in Württemberg das Verwaltungsrechtspflegegesetz (Art. 2 Ziff. 2) die entsprechende Ermächtigung für die Verwaltung enthält. Das Erstattungsverfahren ist auch von verwaltungsfeindlicher Seite nie ernsthaft angegriffen worden und hat sowohl die Einführung der Reichsjustizgesetze als die Weimarer Verfassung überlebt. Insbesondere widersprach seine Beibehaltung nicht dem Art. 129 RV., weil sich der Beamte gegenüber der vorläufigen Voll-

[219]) S. 166.
[220]) S. 59.
[221]) S. 91.
[222]) Delius S. 92.
[223]) Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen vom 18. 4. 1937. RGBl. I 461.
[224]) Pr. VO. über die Festsetzung und den Ersatz der bei Kassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte vom 24. 1. 1844 (GS. S. 192). Aus der gleichen Periode stammt auch das Pr. Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs vom 11. 5. 1842. GS. S. 192. Es schließt den Rechsweg gegenüber polizeilichen Verfügungen fast ganz aus.

streckung auf den Rechtsweg berufen konnte. Eine Beschränkung liegt hier nach altem und neuem Recht nur vor, sofern er an die Einhaltung von Fristen gebunden ist. Daß an die Wahrung dieser Fristen strenge Anforderungen gestellt werden, zeigen die Urteile des Reichsgerichts[225]). Sie sind Ausschlußfristen und können auch nicht unter Berufung auf Treu und Glauben versäumt werden.

Wenn auch das Erstattungsverfahren seit langem in Deutschland üblich ist, so zeigt sich doch in seiner Auffassung ein Wandel der Anschauungen. Nach der älteren Lehre wurde es in den Rahmen des anschließenden Berufungsstreites hineingestellt und von diesem justizstaatlichen Gesichtspunkt aus als Ausnahmeverfahren betrachtet, das eine unmittelbare Vollstreckung gestattet, während sie im Regelfalle Sache der ordentlichen Rechtspflege[226]) ist. Aehnliche Vorstellungen dürften bei Jellinek[227]) obwalten, wenn er von einer Umkehrung der Beklagtenrolle durch das Defektenverfahren spricht. Vom heutigen Standpunkt aus wäre die umgekehrte Auffassung als richtig anzusprechen: Die Tatsache des Defektenverfahrens hat gezeigt, daß das Beamtenverhältnis und die daraus erwachsenden Ansprüche nicht dem Privatrechte angehören, so daß die folgende Berufung auf den Rechtsweg eine Besonderheit darstellt. Aehnliche Gedanken finden sich schon bei Bühler[228]).

Umfang und Bedeutung des neuen Erstattungsgesetzes haben im Vergleich zu dem früheren Defektenverfahren erheblich zugenommen. Auf diese Entwicklung muß eingegangen werden, weil sie eine bemerkenswerte Einengung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte mit sich gebracht hat.

Zunächst ist der Kreis der erfaßten Personen durch die Neuregelung wesentlich weiter gezogen worden. Im Wege des Erstattungsverfahrens kann jetzt gegen Beamte, Angestellte und Arbeiter im Dienste öffentlichrechtlicher Körperschaften vorgegangen werden, während das bisher nur gegen Beamte möglich war. Diese Regelung scheint die bisher gewohnte Unterscheidung zwischen Beamten und Angestellten zu durchbrechen und sich in der Einschätzung der staatlichen Tätigkeit an Gedankengänge anzunähern, wie sie von Schnorr von Carolsfeld[229]) vertreten werden, der überall dort eine besondere Ausgestaltung von materiellem und Verfahrensrecht fordert, wo der Staat an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist[230]). In Wahrheit entspringt die Neuregelung nicht so sehr solchen grundsätzlichen Erwägungen; die Begründung zum Erstattungsgesetz[231]) ergibt vielmehr, daß das Verfahren heute nicht einen Teil des Dienstrechtes bildet, sondern in den Rahmen der Reichshaushaltsordnung ge-

225) RG. 146, 35. 146, 105.
226) Pieper, S. 358.
227) Verwaltungsrecht S. 333.
228) S. 166.
229) Siehe oben S. 28.
230) In gleichem Sinne läßt sich auch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in öffentlichen Betrieben und Verwaltungen verstehen (vom 23. 3. 1934. RG.-Bl. I 220).
231) Sie ist veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger vom 26. 1. 1936 S. 1 ff.

hört[232]). Es handelt sich nicht um einen Ausfluß aus dem besonderen Wesen des Berufsbeamtentums, sondern um eine Neuregelung der finanziellen Beziehungen des Reiches zu den Personen, die für den Staat Kassenbestände oder ähnliches verwalten[233]). Reuß[234]) bedauert es, daß die Begründung zum DBG. diesen Tatbestand verschleiere, wenn sie auf das Gefolgschaftsverhältnis abstelle, in dem auch der Arbeiter und Angestellte zum Reiche stehe. Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß auch dieser Gesichtspunkt im Erlaß des Gesetzes zum Ausdruck gekommen ist: Der Treuhänder von Reichsvermögen, der nicht in einem Dienstverhältnis zum Reiche steht, unterliegt auch nicht den Bestimmungen des Erstattungsgesetzes, und in gleichem Sinne ist auch § 2 des Gesetzes zu deuten. Es heißt dort, daß gewisse dritte Personen auch für d e n Fehlbestand haften, der im Sinne des Absatz 1 durch einen Beamten, Angestellten oder Arbeiter entstanden ist. Es bleibt also dabei, daß dem Erstattungsgesetz sowohl finanzielle Zweckmäßigkeitserwägungen als der Gedanke des Gefolgschaftsverhältnisses zu Grunde liegen. Darüber geht das Gesetz noch hinaus, wenn es den Kreis der erfaßten Personen durch die Einbeziehung ihrer Erben erweitert. Für das preußische Recht war die Erbenhaftung schon bisher anerkannt[235]). Für das Reichsrecht war sie bestritten[236]).

Auch in sachlicher Hinsicht ist eine Verschärfung der bisher geltenden Bestimmungen erfolgt: Die zuständige Behörde muß das Verwaltungsverfahren durchführen, wenn nicht einer der im Gesetz besonders vorgesehenen Ausnahmefälle vorliegt. Während bisher selbst bei vorsätzlicher Schädigung des Reiches ein Erstattungsbeschluß nicht notwendig war, kann jetzt nur im Falle leichter Fahrlässigkeit von einem solchen abgesehen werden. Aus der Verpflichtung der Verwaltungsbehörden zum Eingreifen kann man jedoch nicht schließen, daß eine unmittelbare Klage des Staates gegen den Erstattungspflichtigen vom ordentlichen Gericht oder in Zukunft vom Verwaltungsgericht abgewiesen werden müßte, weil ein Erstattungsbeschluß nicht vorausgegangen sei. Das „Muß" des § 1 des Gesetzes ist nur als innerdienstliche Vorschrift für die Verwaltung aufzufassen, so daß ihr nach außen die Möglichkeit unbenommen bleibt, ihre Ansprüche im Wege der Klage vor dem Zivilrichter oder in Zukunft vor dem Verwaltungsrichter geltend zu machen.

Für die vorliegende Arbeit ist von Bedeutung, daß der gesamte Kreis der erfaßten Personen in allen Fällen sich nur auf den Verwaltungsrechtsweg berufen kann (§ 8). Die Regelung tritt ebenso wie die Zuständigkeitsvorschriften des DBG. erst mit der Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichts in Kraft (§ 13). Damit ist zugleich die schon oben angeschnittene

[232]) Wesentlich der gleiche Rechtscharakter liegt auch vor, wenn der Staat nach der Fürsorgepflichtverordnung Unterstützungsbeträge im Verwaltungsweg beitreibt. Auch hier wird der Zivilrechtsweg der Verwaltungsklage weichen müssen.
[233]) Dieser Umstand zeigt sich besonders darin, daß der Reichsfinanzminister die Durchführungsvorschriften erläßt. § 16
[234]) DVBl. 37, 286.
[235]) RG. in JW. 1936 S. 2985.
[236]) Neef S. 297.

Frage nach dem Wesen des Erstattungsverfahrens entschieden: Der Erstattungsbeschluß ist heute eine Verwaltungsmaßnahme, die mit den hiegegen zulässigen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Es handelt sich nicht mehr darum, daß dem Betroffenen „der Rechtsweg zusteht"[237]), vielmehr kann er „Einwendungen im Wege der Klage vor den Verwaltungsgerichten geltend machen"[238]). Die Neuordnung des Erstattungsrechts bedeutet damit einen grundsätzlichen Schritt zur Stärkung der Verwaltung und zur Förderung ihrer Unabhängigkeit von den ordentlichen Gerichten.

B. Das Amtshaftungsrecht.

1.

Der Kampf um die Amtshaftung und die gerichtliche Zuständigkeit in Amtshaftungsprozessen dauerte länger und wurde heftiger geführt als der Streit um die verfassungsrechtliche Stellung der Beamten. Seine Bedeutung läßt sich daran ermessen, daß die gerichtliche Zuständigkeit auf diesem Gebiete in sieben europäischen Verfassungen bzw. Verfassungsentwürfen festgelegt wurde[239]). In Deutschland hat der justizstaatliche Gedanke auf diesem Gebiete seinen endgültigen Sieg erst mit der Weimarer Verfassung errungen. Vor dem waren — auch in der Zeit der größten Ausdehnung gerichtlicher Zuständigkeit zu Beginn des 19. Jahrhunderts — die Gerichte stets an die Entscheidung der Verwaltung darüber gebunden, ob eine Amtspflichtverletzung vorliege[240]). Als die Gerichte dazu übergingen, die Grenzen ihrer Zuständigkeit in diesem Punkte weiter hinaus zu schieben, da war es das preußische Gesetz vom 11. 5. 1842 (GS. 192) über die Zulässigkeit des Rechtswegs in bezug auf polizeiliche Verfügungen und das Gesetz betreffend die Konflikte bei gerichtlicher Verfolgung wegen Amts- und Diensthandlungen vom 13. 2. 1854 (GS. 86), die dieser Rechtsprechung entgegenwirkten. Das erste erhielt nämlich dem durch die Polizeiverfügung Betroffenen „seine Gerechtsame" nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen nur dann, wenn die Verfügung von der Behörde als gesetzwidrig aufgehoben war. Die Amtshaftungsklage war damit vom Erfolg einer vorgängigen Beschwerde abhängig. Das Konfliktsgesetz aber gab der Verwaltung die Möglichkeit, in sonstige Amtshaftungsprozesse einzugreifen und die Vorfrage nach der Amtspflichtverletzung durch einen besonderen Gerichtshof entscheiden zu lassen, woraus sich dann die Unzulässigkeit des Rechtswegs ergeben konnte.

Was für die Haftung des einzelnen Beamten galt, blieb auch nach der Uebernahme der Haftung durch den Staat maßgebend. § 2 des Pr. Gesetzes vom 1. 8. 1909 (GS. 691) erklärte die alten Bestimmungen im Falle der Staatshaftung für anwendbar. Dagegen fehlten im Reich entspre-

237) RBG. § 144.
238) Erstattungsgesetz § 8.
239) A. Wagner S. 15.
240) A. Wagner S. 89 ff., insbesondere S. 91. Ferner S. 67.

chende Bestimmungen über die Zulässigkeit einer Klage gegenüber Polizeiverfügungen und bei sonstigen Amtspflichtverletzungen. Ebenso war in Württemberg die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach den Staatshaftungsvorschriften des AGBGB. Art. 102 eine unbeschränkte. In andern Ländern, so z. B. in Bayern und Hessen, war die notwendige Vorentscheidung eingeführt[241]). Diesen Zustand traf die Weimarer Nationalversammlung im Jahre 1919 an. Der Art. 131 ihrer Verfassung verhalf dem Justizstaat endgültig zum Durchbruch. Sein Umfang und seine Bedeutung sind hier zu erörtern: Unabhängig von der Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung ist er noch geltendes Recht. Das hat insbesondere für die Gebiete Bedeutung, in denen eine entsprechende landesrechtliche Regelung fehlt. § 147 DGB. setzt auch hier die Zulässigkeit des Rechtswegs voraus. Rechtsprechung und Wissenschaft haben die Weitergeltung seit 1933 mehrfach anerkannt[242]). Die Bedeutung des Art. 131 hat sogar noch zugenommen, weil ihn die Gerichte auch gegenüber der NSDAP. zur Anwendung gebracht haben[243]).

Art. 131 RV. enthielt für das ganze Reichsgebiet zwei richtungweisende Sätze. Der eine ist materieller Natur: Die Uebernahme der Haftung durch den Staat an Stelle des Einzelbeamten. Die Haftung ist eine vollständige und ausschließliche. Weil sie zugleich dem Schutze des Geschädigten und dem des Beamten dient, ist nur die Klage gegen den Staat möglich. Der andere Leitgedanke ist die Zuständigkeitsvorschrift des Abs. 1 Satz 3. Sie betrifft wiederum zwei Fälle. Der Rechtsweg ist eröffnet zu Gunsten des Geschädigten, aber auch zu Gunsten des Beamten, der seiner Rückgriffspflicht Genüge tun muß. Für den Rückgriffsanspruch des Staates gilt alles, was oben über Ansprüche des Staats aus dem Beamtenverhältnis überhaupt gesagt wurde. Er ist bis in die neuere Zeit stets privatrechtlich aufgefaßt und vor den ordentlichen Gerichten verfolgt worden. Nach dem Wortlaut des Art. 131 konnte es allerdings zweifelhaft sein, ob die Eröffnung des Rechtswegs sich nur auf die Ersatzpflicht des Staates oder auch auf die Rückgriffsklage beziehe. Dies gilt umso mehr, als das Reichsgericht in einer Entscheidung des 102. Bandes ausführt[244]), die Rückgriffspflicht des Beamten sei bei Beratung der Reichsverfassung nur als Zwischenstück eingefügt worden, um jede Mißdeutung über den Sinn der Haftpflichtübernahme zu vermeiden. Die Frage ist erst in den letzten Jahren strittig geworden: Am 4. 11. 1934 erklärte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, daß auch für die Rückgriffsklage die Zuständigkeitsvorschrift des Art. 131 Anwendung finde und daß daher im Verwaltungswege weder über die Höhe der Rückgriffspflicht noch über die Frage der Amtspflichtverletzung entschieden werden könne[245]). In Zukunft ist zweifelsfrei die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben. Neu ist

[241]) Delius S. 92.
[242]) Köttgen S. 328. RG. 145, 56 (62).
[243]) So das OLG. Stettin bei Dannbeck S. 199 Anm. 27 a. A. A. das OLG. Düsseldorf in DJZ. 1935, S. 1123.
[244]) 102, 166 (169).
[245]) DVBl. 1935 S. 242.

aber, daß die Rückgriffspflicht nur noch für grob fahrlässig handelnde Beamte besteht (§ 142 Abs. 2 DBG). Dem entspricht das Gesetz über die Rückgriffshaftung der Soldaten vom 7. 4. 1937 RGBl. 443.

Art. 131 ist für die Einflußnahme der ordentlichen Rechtspflege auf die Verwaltung von weit größerer Bedeutung gewesen als die Zuständigkeitsregelung in Gehalts- und Enteignungsstreitigkeiten. Lassen sich doch Schadensersatzklagen wegen Amtspflichtverletzung fast auf allen Gebieten des Verwaltungsrechts denken. Es war hier von größter Bedeutung, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Prüfung der Vorfrage nach der Amtspflichtverletzung für sich beanspruchte: Sofort nach Erlaß der Reichsverfassung tauchte die Frage auf, ob das preußische Konfliktsgesetz mit der neuen Verfassungsbestimmung vereinbar sei, oder ob hinfort die Vorentscheidung des Oberverwaltungsgerichts eine Verfassungsverletzung darstelle. Es ist ein Beweis für die innere Notwendigkeit dieser Vorentscheidung, daß die Verwaltungsgerichtshöfe aller in Frage kommenden deutschen Länder mit den verschiedensten Gründen ihre Aufrechterhaltung für verfassungsmäßig erklärten. Sie stützten ihre Ansicht teils durch den Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Verfassung, teils maßen sie dem Art. 131 nur die Bedeutung einer programmatischen Vorschrift zu oder schlossen aus dem Wort „grundsätzlich", daß die Zuständigkeit der Zivilgerichte nur in der Hauptsache erhalten bleiben müsse, während die Entscheidung der Vorfrage ihnen nicht notwendig zugewiesen sei. Das Reichsgericht stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, daß die in diesen Urteilen zum Ausdruck kommende herrschende Meinung nicht aufrecht erhalten werden könne. In einer Reihe von Entscheidungen erklärte es den Vorentscheid der Verwaltungsgerichte für verfassungswidrig[246]). Es bekräftigte seine Meinung in dem mit Gesetzeskraft erlassenen Beschluß[247]) vom 20. 2. 1923, der im Reichsgesetzblatt I 65 veröffentlicht ist und einen umfassenden Ueberblick über den Stand der Meinungen gibt. Es stellt dabei besonders darauf ab, daß die Erhebung des Konflikts und die Verneinung einer Amtspflichtverletzung eine tatsächliche Unzulässigkeit des Rechtswegs zur notwendigen Folge habe[248]). Seine Darlegungen haben auch noch in neuerer Zeit Widerspruch gefunden. So spricht ihnen Carl Schmitt[249]) das Gewicht innerer juristischer Gründe ab. Und man kann in der Tat feststellen, daß nach dem Stande der Meinungen die Entscheidung des Reichsgerichts zumindest nicht notwendig gewesen wäre. Es hat die Vorschrift des Art. 131 nicht in größerem Zusammenhange gesehen. Es hat ihn vielmehr positivistisch ausgelegt, indem es erklärt[250]): „Das Gesetz findet seine Erklärung nur in sich selbst als individuelle Vorschrift und zugleich Teil eines Gesamtrechtskörpers". Anderseits hat es eine Entwicklung zu Ende geführt, die sich seit 150 Jahren vorbereitet hatte und ist damit den liberalen Strö-

246) RG. 102, 166. 102, 392. 104, 243. 104, 291.
247) RG. 106, 34.
248) RG. 106, 34 (41).
249) DJZ. 1934, S. 776.
250) RG. 102, 166 (168).

mungen seiner Zeit gerecht geworden, die richterlichen Schutz für den Einzelnen erstrebten. Es ist durchaus folgerichtig, daß das Reichsgericht seine Ausführungen mit dem Hinweis stützt, dem Landesgesetzgeber könne der Rechtsschutz des Untertans in der Frage der Amtshaftung nicht anvertraut werden[251]). Dahinter steht unausgesprochen der weitere Gedanke, daß das Reichsgericht berufen sei, den mangelnden Eifer des Gesetzgebers durch seine Rechtsprechung zu ersetzen.

Wie in anderen Entscheidungen, so hat sich das Reichsgericht auch in seinem Beschluß vom 20. 2. 1923 gegen den Vorwurf verwahrt, es greife in den Bereich der Verwaltung ein[252]). Es hat oft hervorgehoben, daß die Beschreitung des Rechtswegs unzulässig sei, wenn es sich nicht um eine ernstgemeinte Schadensersatzklage handle, sondern wenn das Klagevorbringen letzten Endes darauf hinauslaufe, die Verwaltungsmaßnahmen in ihren Wirkungen zu beseitigen[253]). Es hat in diesem Zusammenhang die Forderung aufgestellt, die tatsächlichen Behauptungen des Klägers müßten eine Amtspflichtverletzung erkennen lassen[254]). Mit alldem soll zum Ausdruck gebracht werden, daß das Reichsgericht nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes sich mit der Prüfung der Verwaltungsmaßnahme befasse, und hiezu betont das Reichsgericht mit Recht, daß es gerade der Sinn des Art. 131 sei, die Gerichte zur Prüfung öffentlich-rechtlicher Fragen heranzuziehen[255]). Es ist jedoch folgendes zu beachten: Wenn eine Verwaltungsmaßnahme so fehlerhaft ist, daß ein Vorgehen gegen sie aus Rechtsgründen möglich erscheint, dann wird man regelmäßig auch den für sie verantwortlichen Beamten einer Amtspflichtverletzung beschuldigen können. Ebenso wird man fast stets die Behauptung aufstellen können, daß durch die Verwaltungsmaßnahme ein Schaden entstanden sei. Diese beiden Behauptungen genügen, um einen richterlichen Spruch herbeizuführen, der stets zwei Wirkungen hat: Er zwingt einmal den Staat zur Zahlung nach Maßgabe von rechtlichen Voraussetzungen, die er zwar nicht rechtswirksam feststellt, wohl aber zur Grundlage eines rechtswirksamen Urteils macht. Zum andern ist die Behörde durch das Urteil in den Augen der Allgemeinheit ins Unrecht gesetzt. Beide Umstände werden es der Verwaltung regelmäßig unmöglich machen, ihre Maßnahmen gegenüber dem richterlichen Spruche weiter zu führen.

Die Entwicklung wurde dadurch gefördert, daß das Reichsgericht den Art. 131 in außerordentlich großzügiger Weise ausgelegt hat. Es war dabei von dem Bestreben geleitet, dem Ersatz zu schaffen, der unter den Maßnahmen einer Behörde zu leiden hatte, und seine Entscheidungen erklären sich oft aus Billigkeitserwägungen im Einzelfall. In diesem Sinne hat z. B. Kaczmaryk die reichsgerichtliche Rechtsprechung noch in neue-

[251]) RG. 106, 34 (37).
[252]) RG. 106, 34 (42). Mit der Widergabe der einschlägigen Entscheidungen.
[253]) Z. B. 143, 84 (88).
[254]) Z. B. RG. 145, 141.
[255]) RG. 106, 34 (42).

ster Zeit gebilligt[256]). Ebenso hat Thoma[257]) die Auslegung des Art. 131 als einen Sieg rechtsstaatlicher Ideen gefeiert, und Jellinek hat ihn als die ultima ratio des Rechtsstaats gekennzeichnet[258]). Andererseits haben sich zahlreiche Stimmen scharf gegen die hier besonders deutliche Einwirkung auf die Verwaltung gewandt. Von dem weiter zurückliegenden Schrifttum ist besonders Hofacker[259]) zu nennen, der im Untertitel eines seiner Werke von „Rechtsaufblähung" spricht, ferner Drews in seinen Aeußerungen zum Polizeiverwaltungsgesetz[260]). In neuerer Zeit haben sich Dannbeck[261]) und Krebs[262]) besonders scharf gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts erklärt. Die Kritik richtet sich dagegen, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts den § 839 BGB., der ja für jede Amtshaftungsklage die Grundlage abgibt, immer mehr dem umfassenderen § 823 BGB. gleichgesetzt hat. § 839 begreift aber deshalb einen wesentlich engeren Kreis von Schadensfällen, weil der Schade von einem Beamten herbeigeführt sein muß, und weil dieser Beamte solche Amtspflichten verletzt haben muß, die ihm gegenüber einem Dritten obliegen. Die Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht sind also sehr genau umschrieben, und auch das Reichsgericht hat anerkannt, daß § 823 BGB. im Falle der Amtspflichtverletzung nicht zum Zuge kommen kann, weil durch die enge Fassung des § 839 dem Beamten ein besonderer Schutz habe zu teil werden sollen[263]). Trotzdem hat es den § 839 in den folgenden Punkten erweitert:

Es entspricht dem Sinne der Amtshaftung, wenn sich das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[264]) nicht auf die Beamten im staatsrechtlichen Sinne beschränkt, sondern darauf abstellt, ob im Einzelfalle öffentliche Gewalt im Auftrag des Staates geübt worden ist. Das Reichsgericht hat diese Rechtsprechung auch nach Erlaß der neuen Vorschriften über die Berufung ins Beamtenverhältnis aufrecht erhalten[265]). Da der durch die Amtspflichtverletzung Geschädigte nicht danach anders behandelt werden kann, ob ihm der Staat einen Beamten oder einen Angestellten gegenüber gestellt hat, kann diese Rechtsprechung nur gebilligt werden. § 147 Abs. 2 DBG. erkennt ihre Richtigkeit an, indem er die Möglichkeit der Konfliktserhebung auch gegenüber den Amtspflichtverletzungen solcher Träger der hoheitlichen Gewalt vorsieht, die nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind. — Dagegen bedeutet es eine bedenkliche Ausweitung des Begriffs der Amtshaftung, wenn die Worte „ein Beamter" im § 839 BGB. immer mehr gleichgesetzt werden mit „ein Beamter über-

256) S. 11 ff., insbesondere S. 15 oben.
257) S. 662.
258) Verwaltungsrecht, S. 311.
259) Der Einzelne. Die Verkehrssicherungspflicht.
260) RVBl. 1931, 2 ff.
261) Bei Frank S. 302 ff.
262) RVBl. 35, 31 ff.
263) RG. 100, 284 (287). 154, 117 (123).
264) Vgl. z. B. RG. 67, 117 (119) als eine der grundlegenden Entscheidungen.
265) RG. 142, 190 (193).

haupt" und „hoheitliche Gewalt"[266]). Heute ist es nach Ansicht des Reichsgerichts nicht nötig, den Beamten zu benennen, der sich einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht hat[267]). Es genügt der Nachweis, daß irgend einem Beamten einer bestimmten Behörde ein Fehler unterlaufen ist.

Die Amtspflicht ist in § 839 BGB. dadurch besonders bezeichnet, daß es sich um die „Amtspflicht einem Dritten gegenüber" handeln muß. Münzesheimer[268]) bezeichnet sie treffend als Drittamtspflicht. Man wird sich hier daran erinnern, daß der Staatshaftungsgedanke seinen Ursprung von der Tätigkeit der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nahm, wo der Beamte sich unmittelbar mit den Wünschen und Angelegenheiten eines bestimmten Antragstellers zu befassen hat. Da er sich den Beamten nicht frei wählen kann, der seinen Antrag bearbeitet, liegt hier der Gedanke besonders nahe, den Staat für Fehler der Ausführung haften zu lassen. So wurde die Staatshaftung reichsgesetzlich zuerst in der Grundbuchordnung eingeführt. Bühler weist sie auf dem Gebiete der Freiwilligen Gerichtsbarkeit schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nach[269]). Eine dementsprechende enge Auslegung wird dem § 839 auch noch in einer Entscheidung aus dem Jahre 1912[270]) zu teil. Dort wird eine Drittamtspflicht angenommen, wenn durch die Pflichtverletzung unmittelbar in den Rechtskreis eines Dritten eingegriffen wird. Alle Pflichten werden ausgeschieden, die nur der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der vermögensrechtlichen Belange des Gemeinwesens dienen. Heute ist hieraus eine umfassende Sorgfaltspflicht des Staates gegenüber allen geworden, an die eine Verwaltungsmaßnahme gerichtet ist, ja eine Fürsorgepflicht auch gegen die, die von der Amtshandlung gar nicht betroffen werden sollen[271]). Ein bemerkenswertes Beispiel findet sich in Seufferts Archiv[272]): Der Reisende, der einen Kunden besucht und dabei durch den schadhaften Fußboden bricht, kann den Staat mit Erfolg auf Schadensersatz verklagen, weil die Baupolizei den schlechten Zustand des Hauses nicht mit hinreichendem Eifer gerügt hat. Die weiteste Auslegung hat § 839 wohl erfahren, als das RG. alle der Polizei aus ALR. 10 II 17 erwachsenden Pflichten im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung als Drittamtspflichten erklärte[273]). Dagegen schreckte es in dem bekannten Inflationsurteil[274]) doch davor zurück, das Deutsche Reich zum Ersatz aller Schäden aus der Inflation zu verurteilen, weil seine Minister sich einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht hätten, als sie

---

[266]) Die Entwicklung im einzelnen schildert besonders Hofacker. Der Einzelne S. 17.
[267]) RG. 100, 102 (103).
[268]) S. 25.
[269]) S. 170. Heute will Dannbeck wieder zum Ausgangspunkt zurückkehren S. 299.
[270]) RG. 78, 241 (243, 245).
[271]) Münzesheimer S. 35.
[272]) 1929. S. 216.
[273]) RG. in JW. 1927. S. 1265 (1266).
[274]) RG. 118, 325 (327).

die Notenpresse in Bewegung setzten. Es ist ein Zeichen für die Unangemessenheit bürgerlichrechtlicher Vorstellungen im öffentlichen Recht, daß dieses Urteil nicht als vernünftige Einschränkung eines überspannten Staatshaftungsbegriffs begrüßt, sondern als Widerspruch zur bisherigen Linie der Rechtsprechung angegriffen wurde[275]).

Noch in einem weiteren Punkte hat das Reichsgericht seine Rechtsprechung gerade in den letzten zwei Jahrzehnten ausgedehnt: Bei der Bestimmung des Begriffes der Amtspflichtverletzung mußte es untersuchen, wie weit ihm als ordentlichem Gerichte die Ueberprüfung des freien Verwaltungsermessens zustehe. Darüber, daß es ein pflichtgebundenes sei, besteht Einigkeit und Fleiner[276]) bezeichnet seine falsche Handhabung in diesem Sinne als Rechtsverletzung. Das Reichsgericht hat sich hier zunächst enge Grenzen gezogen, indem es nur im Falle offenbaren Ermessensmißbrauches eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 als gegeben ansah[277]). Noch 1928 faßte es seine Meinung dahin zusammen[278]): Der Klaganspruch sei nur begründet, „wenn der Beamte bei Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens in so hohem Maße fehlsam gehandelt hat, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist". Die so gesteckten Grenzen hat es aber später verlassen. Ein Urteil im 138. Bande seiner Entscheidungen[279]) bedeutet nichts anderes als den Anspruch des Reichsgerichts, Maßnahmen der Verwaltung auf ihre Zweckmäßigkeit und Angemessenheit zu überprüfen. Nach der Klagebehauptung hatten hier Landrat und Regierungspräsident als Inhaber der Wasserpolizei die Zuleitung schädlicher Abwässer in einen Fluß nicht verhindert. Wasserpolizeiliche Maßnahmen seien nicht mit dem notwendigen Nachdruck durchgeführt worden. Das Reichsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß eine Amtspflicht der Wasserbehörde zum Einschreiten bestehe, weil die Zuleitung der Abwässer durch das preußische Wassergesetz verboten sei. So wurde eine Schadensklage für zulässig erklärt, obwohl die Polizei in der Angelegenheit tätig gewesen war, und obwohl der Erstrichter den Behörden ausdrücklich bestätigt hatte, daß von einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtwidrigkeit nicht die Rede sein könne. Das Reichsgericht hat denn auch aus Anlaß dieses Urteils heftige Kritik erfahren[280]). Das mag dazu beigetragen haben, daß es in seinen neuesten Entscheidungen wieder zu strengeren Auffassungen zurückgekehrt ist[281]). Im letztgenannten Urteil wird ausgeführt, daß in der heutigen deutschen Verwaltung die Fälle seltene Ausnahmen bildeten, in denen die Gerichte berechtigt seien, die Ermessensentscheidungen eines Beamten zu überprüfen: „Auch die Vorschrift über die Staatshaftung gibt den Gerichten

[275]) Delius in LZ. 1928, S. 242.
[276]) Institutionen S. 77.
[277]) RG. 99, 254 (256). Grundlegend.
[278]) RG. 121, 225 (233).
[279]) RG. 138, 259.
[280]) Schack RVBl. 34, 592.
[281]) RG. 146, 369 (375). 147, 179 (183).

kein Recht, an die Stelle des pflichtmäßigen Ermessens der Verwaltungsbehörden das eigene zu setzen".

Der Ueberblick genügt, um zu zeigen, in welch hohem Maße die Entscheidungen der Verwaltung der Nachprüfung der ordentlichen Rechtspflege unterstehen. Er zeigt weiter, daß der Umweg über Art. 131 fast regelmäßig gangbar erscheint. Ein anschauliches Beispiel für die Verkoppelung der Schadensersatzklage mit dem Vorgehen gegen die Verwaltungsmaßnahme bietet auch das Berufsbeamtengesetz. Sein § 7 schließt jedes Rechtsmittel gegen die Maßnahmen zur Säuberung des Berufsbeamtentums aus. Die Folgen zeigten sich in alsbaldigen Klagen gegen den Staat aus Amtspflichtverletzung seiner verantwortlichen Beamten. Der Versuch, die Wirkungen einer Zurruhesetzung auf diesem Wege zu beseitigen, wurde allerdings vom Reichsgericht zurückgewiesen[282]) und zwar richtigerweise auch für den Fall einer nachgewiesenen Amtspflichtverletzung mit der zutreffenden Begründung, daß der Gesetzgeber nicht nur die Nachprüfung, sondern auch jede Haftung für die Säuberungsmaßnahmen habe ausschließen wollen.

Im Anschluß an diese Erörterungen erhebt sich die Frage, welche Bedeutung dem Art. 131 RV. in Zukunft für Beamtenklagen zukommen kann. Es war bisher häufig der Fall, daß Beamte ihre vermögensrechtlichen Ansprüche gegen den Staat auf die Amtspflichtverletzung eines Vorgesetzten stützten. Die zwei bekanntesten Fälle sind die Klage aus der schuldhaften Unterlassung einer Beförderung und die Klage aus verletzter Fürsorgepflicht. Ein Recht auf Beförderung und auf Verleihung eines bestimmten Amtes haben alle Gerichte bisher einhellig abgelehnt, dagegen hat das Reichsgericht Schadensersatzklagen angenommen, wenn der Vorgesetzte nachweisbar seine dienstlichen Pflichten, etwa zur Einreichung von Beförderungslisten, versäumt hatte[283]). Es fragt sich heute, ob solche Ansprüche nach Inkrafttreten von § 142 DBG. noch im Zivilrechtswege geltend gemacht werden können, da es doch offenbar der Sinn des Beamtengesetzes ist, daß beamtenrechtliche Ansprüche nur noch von den Verwaltungsgerichten entschieden werden. Der Zwiespalt wird klar, wenn man sich die rechtliche Grundlage beider Ansprüche vergegenwärtigt: Art. 129 RV. und § 142 DBG. behandeln die Pflichten und Rechte, die aus dem Beamtenverhältnis als solchem unmittelbar entstehen. Auf das Gebiet des Privatrechts übertragen, würden sie dem Vertragsrecht zugehören. Dagegen gehören Ansprüche aus Art. 131 RV. dem Rechte der unerlaubten Handlung an. Es ist von jeher anerkannte Lehre und Rechtsprechung, daß Ansprüche aus Vertrag und Unrecht beliebig neben einander und für einander geltend gemacht werden können. Von diesem Satze wird man jedoch in Zukunft eine Ausnahme machen müssen. Die Begründung zum DBG. gibt an zwei Stellen eindeutig an, daß „vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Dienstherrn durch Klage vor den Ver-

[282]) RG. 143, 88.
[283]) RG. 143, 369 (374), s. auch Bayerisches OLG. in DJZ. 1934, S. 151.

waltungsgerichten geltend zu machen sind" und zwar auch „Schadensersatzansprüche"[284]). Die für das DBG. grundlegende Vorstellung von einem eigenartigen und einheitlichen Beamtenverhältnis zwingt zu der Annahme, daß auch die Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung hier mit inbegriffen sind. Es würde dem Sinne des DBG. und dem Wesen des Beamtenverhältnisses widersprechen, wenn man die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Unrechtsanspruch in das Beamtenrecht hineintragen würde, und so die Klage vor den ordentlichen Gerichten nach wie vor für den Beamten gegeben wäre. Sievers[285]) ist allerdings anderer Ansicht: Er rechnet die Geltendmachung der Staatshaftung „nach wie vor nicht zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen im Sinne des Beamtenrechts". Dabei bindet er aber die ordentlichen Gerichte an die nach § 146 DBG. für die Verwaltungsgerichte verbindlichen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und zeigt so selbst, daß die Gedanken des DBG. für die Entscheidungen beamtenrechtlicher Streitigkeiten als Richtschnur dienen müssen, woraus sich auch die Zuständigkeit der eigens für Beamte geschaffenen Verwaltungsgerichte ergibt. Es läßt sich für die Offenhaltung zweier verschiedener Klagemöglichkeiten in der Tat kein vernünftiger Sinn und praktischer Zweck anführen. Sie ist lediglich die logische Ableitung aus der bisher üblichen Begriffs-Systematik. Da aber alle Systematik nur so lange Berechtigung hat, als sie zu klaren und sinnvollen Ergebnissen führt, ist eine ihr entsprechende Auslegung des DBG. nicht am Platze. Die Folgerungen, die aus dem DBG. gezogen werden müssen, bilden ein Beispiel für die Zurückdrängung abgezogener Einteilungen im Recht zu Gunsten der geschlossenen Behandlung für sich bestehender Lebensgebiete. In einem weiteren Rahmen taucht die Frage auf, ob § 147 DGB. nicht eine Lücke offengelassen hat, wenn für die Amtshaftungsklage der Rechtsweg erhalten geblieben ist. Er bildet so eine Ausnahme von dem Satze, daß verwaltungsrechtliche Streitigkeiten vor die Verwaltungsgerichte gehören und führt im Gebiete des Beamtenrechts zu einer unbefriedigenden Zerreißung von Vertrags- und Delikts-Ansprüchen.

2.

§ 147 DBG. hat den Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Amtshaftungsklagen im Grundsatz unberührt gelassen. Dafür wurde die 1920 in Preußen abgeschaffte Konfliktserhebung als „Einspruchsverfahren" neu eingeführt. Wie es scheint, wird sich auch die Einzelausgestaltung an das preußische Vorbild anschließen. Gegenteiliges ist im Schrifttum bisher nicht ausgeführt worden, und die Begründung[286]) spricht ausdrücklich von dem „vor dem Jahre 1919 bestehenden Rechtszustand". Auch die Sonderstellung der richterlichen Beamten, wie sie sich aus § 147 Abs. 3 DBG ergibt, ist aus der preußischen Konfliktsgesetzgebung übernommen.

[284]) Seel S. 96/111.
[285]) RVBl. 1937 S. 212, ebenso Giese DVBl. 1937 S 278.
[286]) Seel S. 111.

Der vom Gesetzgeber vorläufig gewählte Weg entspricht nicht den Vorschlägen, die sich vor Erlaß des Gesetzes aus dem Schrifttum ergaben. Zwar waren die Meinungen über die Zuständigkeitsregelung für Amtshaftungsklagen geteilt. Aber die ganz überwiegende Mehrzahl der Verwaltungsrechtswissenschaft hatte sich doch für Zuweisung an die Verwaltungsgerichte ausgesprochen. Ein Blick über das Schrifttum ergibt ungefähr folgendes: Für die Beibehaltung des Rechtswegs hat sich nur ein Aufsatz eingesetzt. Hagemann[287]) meint, daß die Konfliktserhebung dem Schutze des Beamten diene. Sie solle verhindern, daß ihre Entschlußkraft durch die Scheu vor bürgerlichrechtlicher Verantwortung unnötig gehemmt werde. Der Grund für ein Einspruchsverfahren sei also schon mit dem Erlaß der Staatshaftungsgesetze und mit Art. 131 RV. gefallen. Er übersieht dabei, daß die Konfliktserhebung nicht nur dem Schutz des Beamten, sondern, wie alles Ausgeführte zeigt, vor allem auch dem Schutze der Verwaltung gegen Uebergriffe der ordentlichen Rechtspflege dienen sollte. Wenn Hagemann weiter ausführt, die Zivilgerichte würden im nationalsozialistischen Staate dem Wesen und den Erfordernissen der Verwaltungstätigkeit gerecht werden, so muß zugegeben werden, daß ein derartiger Erfolg in der Rechtsprechung des Reichsgerichts neuestens sich anzeigt und daß er erreicht werden könnte, soweit heute noch Anlaß zur Kritik gegeben sein sollte. Nachdem jedoch die Entwicklung es so mit sich gebracht hat, daß sich die Verwaltung ihre eigenen Gerichte geschaffen hat, ist kein Grund einzusehen, dieser Einrichtung die Entscheidung von Fragen zu entziehen, die offensichtlich ins Gebiet der Verwaltung fallen.

In diesem Sinne hat Polizeipräsident Drews[289]) im Reichsverwaltungsblatt die Wiedereinführung der Konfliktserhebung zur Aussprache gestellt und damit die Erörterung über sie eröffnet. Es ist bemerkenswert, daß seine Ausführungen einen bestimmten Anlaß hatten, nämlich das Reichsgerichtsurteil vom 27. 10. 1933: nach dem Sachverhalt hatte hier der Regierungspräsident in einer Besprechung mit dem zuständigen Landrat festgelegt, daß dem Verkauf und der Abholzung eines Waldgrundstücks mit jedem gesetzlich möglich erscheinenden Mittel Hindernisse in den Weg gelegt werden sollten, um so die Waldung dem allgemeinen Gebrauche zu erhalten. Schon in dieser Anweisung erblickte das Reichsgericht eine schuldhafte und willkürliche Amtspflichtverletzung gegenüber dem Verkäufer, womit letztlich jede innere Maßnahme und Planung der Verwaltung der gerichtlichen Nachprüfung unterworfen wird. Im unmittelbaren Anschluß daran warf auch Carl Schmitt[288]) in der DJZ. die Frage der Konfliktserhebung auf, ohne sich ausdrücklich auf sie festzulegen. Für sie sprach sich ferner der Beamtenrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht[290]) aus, während Stuckart[291]) in der „Deutschen Verwaltung" ohne nähere Erläuterung die Vorentscheidung für die Frage

[287]) RVBl. 1934. 587.
[288]) DJZ. 1934 S. 776.
[289]) RVBl. 1934, S. 178.
[290]) H. Wagner S. 119.
[291]) DV. 1935, 163.

der Amtspflichtverletzung fordert. Es ist aus der Begründung zum DBG. zu entnehmen, daß dieser Gedanke bei seiner Gestaltung eine gewisse Rolle gespielt hat: von der Einführung eines notwendigen Vorentscheids wurde nur abgesehen, um eine Ueberlastung des Reichsverwaltungsgerichts zu vermeiden.

Abgesehen von diesen Stimmen und weiter abgesehen von denen, die wie Höhn einen gerichtlichen Rechtsschutz im Verwaltungsrecht überhaupt ablehnen, hat sich das Schrifttum für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur über die Frage der Amtspflichtverletzung und damit über das „Ob" des Schadensersatzes, sondern auch über das „Wie hoch" entschieden. Derartige Forderungen wurden schon früher vertreten[292]). Sie sind in neuerer Zeit meist in der Form geltend gemacht worden, daß die Unterstellung aller öffentlichrechtlichen Streitigkeiten unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgeschlagen wurde, zu denen das Schrifttum meist nicht nur die Fälle des Art. 129 und 153 RV., sondern auch den Fall des Art. 131 rechnet. In diesem Sinne haben sich vor der Einführung des DBG. geäußert: Huber[293]), Henkel[294]), Scholz[295]), A. Wagner[296]), H. Wagner[297]), Dannbeck[298]) und andere Vertreter der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Unter ihnen befinden sich mehrere Verfechter einer entschiedenen Rechtsreform auf dem Gebiete der Amtshaftungsklage. Besonders bemerkenswert ist es, daß Schelcher[299]) sich auch nach dem Erlaß des DBG. für die Lösung der herrschenden Meinung ausgesprochen hat. Er sieht im DBG. noch nicht die endgültige Lösung für das Amtshaftungsrecht. Das Gleiche gilt für Sommer[300]). Im übrigen haben sich von den Genannten mehrere in Verbindung mit ihren Vorschlägen scharf gegen die Konfliktserhebung gewandt[301]). Die Gründe, die dabei vorgebracht wurden, sind im wesentlichen von zweierlei Art. Es sind zunächst geschichtliche: Die Konfliktserhebung wird als Kompromißlösung dargestellt, wie sie zur Zeit des Kampfes der ordentlichen Rechtspflege gegen die Verwaltung berechtigt gewesen sein möge. Die Ueberlassung der vermögensrechtlichen Entscheidung an die Zivilgerichte sei in dieser Zeit bereits ein bedauerliches Zugeständnis gewesen. A. Wagner[302]) führt die Aufspaltung des Verfahrens in zwei Teile auf das Jahr 1808 zurück, das gegenüber dem rein justizstaatlichen Ressortreglement für Neu-Ostpreußen einen Teilsieg des „staatlichen Prinzips" gebracht hätte. Huber[303])

[292]) Z. B. von Bill Drews. Pr. Pol. Recht Band I 1931, 91.
[293]) DR. 35, 404.
[294]) DJZ. 35, 782.
[295]) S. 51/52.
[296]) S. 194.
[297]) S. 119/120.
[298]) S. 308: Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die einzig mögliche Lösung.
[299]) RVBl. 37, 581.
[300]) DVBl. 1937, S. 429.
[301]) A. Wagner S. 194, H. Wagner S. 120, Dannbeck S. 307, Scholz S. 52, Huber S. 401.
[302]) S. 195.
[303]) S. 404.

weist mit Recht darauf hin, daß sie ihren unmittelbaren Ursprung in den überholten Vorstellungen der Fiskuslehre hat, indem sie den vermögensrechtlichen Streit vor die ordentlichen Gerichte bringt. Man kann nun allerdings aus diesen geschichtlichen Tatsachen nicht ohne weiteres schließen, daß die Konfliktserhebung heute nicht gute Dienste leisten könne. So stellt z. B. Giese[304]) einen Sinnwandel des Einspruchsverfahrens fest und meint, es diene jetzt der Verwirklichung des Ordnungsdenkens. Mag das auch richtig sein, es bleibt doch die Frage offen, ob eine umfassendere Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte den Zwecken des Rechtsschutzes nicht noch besser dienen würde. In der Tat lassen sich unter diesem Gesichtspunkt Einwendungen gegen das Einspruchsverfahren erheben: Der Einspruch bringt ein Doppelverfahren mit sich, das dem notwendigen Grundsatz der Vereinfachung und Beschleunigung eines jeden Verfahrens widerspricht, wie er besonders in der Aenderung der Zivilprozeßordnung von 1933 zum Ausdruck gekommen ist. Für die Beibehaltung des ordentlichen Rechtswegs in Amtshaftungssachen und des Einspruchsverfahrens als Schutzmittel gegen Fehlurteile kann kein Zweckmäßigkeitsgrund angegeben werden. Wenn diese Lösung trotzdem noch heute vertreten wird, so muß man den Grund hiezu in der dogmatischen Vorstellung suchen, daß alle Streitigkeiten aus Unrecht und insbesondere auch die aus § 839 BGB. bürgerlichrechtlicher Natur seien. Es ist die Aufgabe der folgenden Ausführungen, diese Anschauung zu überprüfen.

Die Ansicht, daß die aus Art. 131 erwachsenden Ansprüche des Einzelnen dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören, ist erst spät zur Geltung gekommen und noch heute nicht Allgemeingut der Rechtswissenschaft. In der Geschichte ist der Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen den einzelnen Beamten, wie er sich vor der Uebernahme der Haftung auf den Staat darstellte, stets als bürgerlichrechtlich angesehen worden. Dabei wirkte die Vorstellung mit, daß der Beamte, sofern er Unrecht tut, nicht als Vertreter des Staates angesehen werden könne. Er stand insofern jedem Privatmann gleich, den ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung traf. Es war also nicht Ausdruck einer verwaltungsfeindlichen Haltung, sondern dogmatisch richtig, wenn die Zivilgerichte über den Anspruch entschieden. Dem entspricht ja auch die Stellung des § 839 im BGB. Nicht nur Stölzel[305]) hat daraus auf seine bürgerlichrechtliche Natur geschlossen, sondern auch Verwaltungsrechtler, die mit Nachdruck gegen den Justizstaat Stellung nahmen, zweifelten nicht an der Richtigkeit dieser Auffassung. Das trifft sowohl für Bühler[306]), als für Hofacker[307]) zu. Beide beziehen sich auf § 839 BGB. und Hofacker hält seine Stellung zwar für unglücklich, aber doch für eine eindeutige Entscheidung des geltenden Rechts.

[304]) DVBl. 1937, S. 277/78.
[305]) S. 59.
[306]) S. 167.
[307]) Rechtsweg S. 347/348.

Auch die Uebernahme der Haftung auf den Staat im Anfange des Jahrhunderts änderte nichts an der herrschenden Auffassung. Sie wurde durchaus als allgemeine gesetzliche Uebernahme privatrechtlicher Verpflichtungen verstanden[308]). Dies war auch im Sinne des Gesetzgebers richtig, worauf schon der Wortlaut der §§ 1 des Preußischen und des Reichsamtshaftungsgesetzes hindeuten, wonach „die in § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit" der Beamten in Zukunft den Staat treffen sollte. Ebenso wurde auch die Verjährungsfrist des § 852 BGB. in die Amtshaftungsgesetze übernommen. Infolgedessen hat sich das Reichsgericht noch bis in die neueste Zeit ganz von der privatrechtlichen Auffassung des Art. 131 Reichsverfassung bestimmen lassen. Zwar stellt es fest: „Eine Amtshandlung gesetzmäßiger Organe bleibt eine Amtshandlung, auch wenn sie ungesetzmäßig ist"[309]). Andererseits erklärt es noch heute die Haftung, die aus dieser Amtshandlung entspringt, für eine inhaltlich privatrechtliche[310]), so daß die Zivilgerichte für sie ohne weiteres zuständig sind, während die ausdrückliche Eröffnung des Rechtswegs nur für die beamtenrechtliche Vorfrage Bedeutung hat. Bemerkenswert ist auch, daß im Sachverzeichnis der amtlichen Entscheidungssammlungen die Amtshaftungsklagen noch immer unter der Ueberschrift „Recht der Schuldverhältnisse" angeführt werden. Uebrigens steht das Reichsgericht mit seiner Auffassung nicht allein. Z. B. erklärt Merk[311]) noch in neuester Zeit, daß sich durch die Bestimmung des Art. 131 RV. nur der Träger, nicht auch die Natur des Schadenersatzanspruchs geändert habe. Für eine andere Auffassung ergebe sich im Gesetz kein Anhaltspunkt und dem Verwaltungsrecht gehöre nur die Frage nach der Amtspflichtverletzung an.

Die früher herrschende Auffassung muß jedoch meiner Meinung nach in Zukunft eine Abänderung erfahren. Das ergibt sowohl eine Würdigung des Wesens der Amtshaftung, als ein Blick auf den Stand der Verwaltungsrechtswissenschaft. Es ist festzustellen, daß bei genauerem Zusehen bereits in § 839 BGB. zwei sehr verschiedene Fälle enthalten sind. Nur wenn der Beamte als Vertreter des Fiskus tätig wird, haftet er als Teilnehmer am bürgerlichen Rechtsverkehr. Wird er dagegen in Ausübung der Staatsgewalt tätig, so ist auch der Grund seiner Haftung im öffentlichen Rechte zu suchen. Die Anschauung daß die Unrechtshaftung notwendig bürgerlichrechtlicher Natur sei, ist längst in Widerspruch zur Fortentwicklung der Wissenschaft getreten. Es gibt keine Rechtsfigur, die „an sich" dem bürgerlichen Rechte angehört. Die Titellehre, die das für gewisse Rechtsverhältnisse annahm, ist längst begraben[312]). Aber auch wenn diese Doppelnatur des § 839 nicht anerkannt wird, so muß doch wenigstens die Haftung des Staates nach Art. 131 als Einrichtung des öffentlichen Rechtes bezeichnet werden. Die Entwicklung dahin hat schon

[308]) Münzesheimer S. 14.
[309]) RG. 93, 255 (261). Seitdem ständige Rechtsprechung.
[310]) RG. 145, 137 (140).
[311]) S. 577.
[312]) Mathuse S. 43.

in der Vorkriegszeit angesetzt. Otto Mayer hat erkannt, daß die Amtshaftung „wesensverwandt ist mit dem großen Rechtsinstitut der ausgleichenden Entschädigung“[313]): „Der Gedanke der öffentlichrechtlichen Entschädigung kommt darin zum Vorschein“[314]). Allerdings betrachtet er die Haftung aus Art. 131 RV. mit Rücksicht auf ihre Ausgestaltung im geltenden Recht noch als bürgerlichrechtlich im Sinne des § 13 GVG.[315]). Weiter geht schon Schätzel[316]). Er hält zwar die Haftung aus BGB. für privatrechtlich, setzt aber Art. 131 als selbständigen Haftungsgrund im System der öffentlichrechtlichen Staatshaftung an: er gehört hieher als der schuldhaft rechtswidrige Eingriff in den Privatbereich im Gegensatz zum schuldlos rechtswidrigen und zum rechtmäßigen Eingriff. Auch Lehrer des Zivilprozeßrechts haben sich dieser Auffassung angeschlossen. So erklärt Stein[317]), wo der Fiskus für den Schaden hafte, den ein Beamter in Ausübung der staatlichen Hoheitsrechte zugefügt habe, da hafte er als Staat öffentlichrechtlich, so daß nach Grund und Gegenstand des Anspruchs der Rechtsweg an sich nicht zulässig sei.

Diese Lehre entspricht denn auch allein dem Wesen der Staatshaftung. Der Staat nimmt sie aus den verschiedensten Gründen auf sich: weil seine Beamten die Staatsgewalt verkörpern, weil er sich für ihre Fehler verantwortlich fühlt, weil er den Geschädigten, weil er den Beamten schützen will, jedenfalls aber nur aus Gründen, die in seiner hoheitlichen Stellung begründet liegen und der Sorge für das Gemeinwohl entspringen. Die entgegenstehende Auffassung der Gesetze von 1909 und 1910 kann diese Erkenntnis umso weniger hindern, als sie selbst Ansätze zu einer eigenen Gestaltung der Staatshaftung zeigen. Die von ihnen festgesetzte Haftung für den unzurechnungsfähigen Beamten kann ja zwischen dem unzurechnungsfähigen Beamten und dem Geschädigten gar nicht entstehen. Zusammenfassend kann also folgendes festgestellt werden: Zwar legt die Ausgestaltung des geltenden Rechts den Gedanken nahe, daß der Amtshaftungsanspruch dem Unrechtsanspruch des § 839 BGB. nicht nur im Umfang nachgebildet, sondern auch im Wesen gleich sei. Andererseits ergibt sich diese Auffassung nicht mit zwingender Notwendigkeit aus dem Gesetz. Deshalb muß der Amtshaftungsanspruch heute — seiner schon von Otto Mayer erkannten inneren Bedeutung entsprechend — als verwaltungsrechtlich bezeichnet, und es muß in Zukunft über ihn nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts entschieden werden. Ich stimme deshalb den Vertretern des Schrifttums zu, die aus diesem Grunde eine Zuständigkeit der ordentlichen Rechtspflege in Amtshaftungssachen ausschließen wollen[318]). Die hier vertretene Auffasung wird auch neuerdings wieder von Apelt[319]) gebilligt. Für sie kann schließlich noch ein Ausweis aus der neueren Ge-

[313]) Deutsches Verwaltungsrecht 1924, Band I S. 198.
[314]) A. a. O. Anmerkung 29.
[315]) A. a. O. S. 192.
[316]) S. 278.
[317]) Grenzen S. 120.
[318]) S. oben S. 73.
[319]) S. 98.

setzgebung angeführt werden: In § 1 der ersten Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes über den Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche[320]) heißt es: „Ausgleichbar sind auch Ansprüche aus Amtspflichtverletzung". Dies kann dahin ausgelegt werden, daß Ansprüche aus Art. 131 neben den bürgerlichrechtlichen, die ohne weiteres unter das Gesetz fallen, besonderer Erwähnung bedürfen.

Es kann hier nicht darüber entschieden werden, aus welchen Gründen das DBG. trotzdem ein Einspruchsverfahren eingeführt hat. Die Begründung ergibt hierüber nichts und eben dieser Umstand deutet darauf hin, daß über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf diesem Gebiete noch nicht das letzte Wort gesprochen ist. Man wird vermuten dürfen, daß das natürliche Schwergewicht der Ueberlieferung, die jeden Unrechtsanspruch als bürgerlichrechtlich ansieht, nicht ganz ohne Einfluß auf den Gesetzgeber geblieben ist. Darüber hinaus wird wohl die Ueberlegung bestimmend gewesen sein, daß das DBG. sich zunächst auf die Regelung beamtenrechtlicher Fragen zu beschränken habe, während die Fragen des allgemeinen Verwaltungsrechts noch nicht zur Entscheidung reif erachtet wurden. Man kann ja auch heute im Amtshaftungsstreit noch eine beamtenrechtliche Vorfrage von der Entscheidung über einen vermögensrechtlichen Anspruch unterscheiden, der dem allgemeinen Verwaltungsrecht angehört. Wie das Beamtengesetz sich in persönlicher Hinsicht streng auf den Kreis der Beamten beschränkt hat, ohne etwa die benachbarten Gebiete des Wehrrechts oder des Erstattungsrechts zu berühren, so hat es auch hier zunächst nur die Frage der Amtspflichtverletzung einer Lösung zugeführt. Hiezu war dann allerdings das Einspruchsverfahren der geeignete Weg, weil es wenigstens in aller Regel eine zeitraubende Aufspaltung des Verfahrens vermeidet, wie sie die notwendige Vorentscheidung mit sich gebracht hätte.

C. Das Enteignungsrecht.

1.

Der dritte der justizstaatlichen Artikel ist 153 RV. Während im Falle des Art. 129 die verwaltungsrechtliche Vorfrage nach der Entstehung der Beamteneigenschaft bis 1933 zur Entscheidung der Gerichte stand, während im Falle des Art. 131 seit 1919 über die Frage der Amtspflichtverletzung von den ordentlichen Gerichten entschieden wurde, war im Bereich des Enteignungsrechtes für die Frage der Enteignung selbst stets die Verwaltung zuständig und nur die Höhe der Entschädigung von den Zivilgerichten festzusetzen. Gerade hier zeigt es sich aber deutlich, daß die Zivilgerichte stets das Bestreben haben, auch die Beurteilung der Vorfrage zu übernehmen und die freie Entscheidung der Verwaltung auch hier aufs stärkste zu beeinflussen: sie haben sich nicht darauf beschränkt, Entschädigungen festzusetzen, sondern sie haben einen neuen Begriff der Enteignung geschaffen.

[320]) Vom 22. 2. 1935 (RGBl. I 219).

Daß für die Frage der Entschädigung der Rechtsweg offenstand, beruht auf den gleichen geschichtlichen Gründen wie bei den beiden anderen justizstaatlichen Artikeln[321]). Seinen gesetzgeberischen Ausdruck fand dieser Umstand in den Enteignungsgesetzen des vergangenen Jahrhunderts. So gilt in Preußen das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874 (GS. 221). Sie vollzieht sich danach in folgenden Stufen: Die Enteignung setzt einen Beschluß des Königs, später des Staatsministeriums voraus (§ 2), durch den Enteignungen für einen bestimmten Zweck für zulässig erklärt werden. Der eigentlichen Entziehung des Eigentums geht die Feststellung des Planes voraus (§§ 15 ff.), über ihren Umfang und ihre Art entscheidet der Regierungspräsident (§ 21); die Planfeststellung wird von einem besonders geregelten Verfahren mit Einspruchsmöglichkeit für den Betroffenen (§ 20) vorbereitet. Die förmliche Beschwerde an den Wirtschaftsminister kann ihr folgen (§ 22). Nach ihrer Erledigung ist die Frage, ob und was enteignet werden soll, von der Verwaltung in eigener Zuständigkeit rechtskräftig entschieden und es kann das Verfahren zur Festsetzung der Entschädigung folgen. Auch dieses ist zunächst nicht Sache der Gerichte, vielmehr ist der Vorentscheid des Regierungspräsidenten ein notwendiger (§ 24), und das Verfahren ist in allen Einzelheiten geregelt. Erst danach und nur wegen der Höhe der Entschädigung ist die Berufung auf den Rechtsweg möglich (§ 30). Sie ist dem verwickelten Verfahren als besondere Gewähr angefügt. Nach Abschluß des etwaigen Rechtsstreites kann der Regierungspräsident erst die Enteignung aussprechen (§ 32)[322]). Die Grundzüge dieses Verfahrens finden sich ganz ebenso im württembergischen Zwangsenteignungsgesetz vom 20. 12. 1888 (Reg.Bl. 446). Hier ist nach Art. 41 die gerichtliche Klage an das Enteignungsverfahren angehängt, ohne daß ihre Entscheidung notwendige Voraussetzung für die Vollziehung wäre.

Der so geschaffene Rechtszustand wurde von der Weimarer Verfassung übernommen. Nichts anderes besagt zunächst Art. 153 Abs. 2, wonach „wegen der Höhe der Entschädigung im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten ist". Diese Bestimmung erhielt aber im Weimarer Staate eine ungeahnte Bedeutung durch die großzügige Auslegung, die die Gerichte dem Begriffe „Enteignung" zuteil werden ließen. Es kam so dahin, daß die Eingriffe der Verwaltung in die vermögensrechtlichen Beziehungen des bürgerlichen Lebens immer mehr der gerichtlichen Nachprüfung unterworfen wurden. Konnte der durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigte über Art. 131 den Staat zur Rechenschaft ziehen, so bot Art. 153 diese Möglichkeit auch beim rechtmäßigen Eingriff in vermögenswerte Güter.

---

[321]) Ueber die Besonderheiten der Entwicklung vgl. bes. Wieacker in: Eigentum und Enteignung, S. 41 ff.

[322]) Das Verfahren ist unübersichtlich und umständlich. Es können bis zu 6 Verwaltungsstellen und unter Umständen noch 2—3 Gerichtsinstanzen daran beteiligt sein. Deshalb enthalten zahlreiche Gesetze Vereinfachungsbestimmungen. Vgl. besonders das Pr. Ges. über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 26. 7. 1922 (GS. 211).

Der Inhalt der Enteignungslehre und damit ihre Bedeutung für justizstaatliche Bestrebungen wird vor Erlaß der Reichsverfassung durch die sogenannten „klassischen Enteignungsgrundsätze"[323]) gekennzeichnet. Sie finden sich schon im ALR. Teil I Titel 8 gesetzlich niedergelegt:

§ 30: Der Staat kann das Privateigentum zum Nachteile des Eigentümers nur einschränken, „wenn der abzuwendende Schade oder der zu verschaffende Vorteil des Staates selbst, oder anderer Bürger desselben, den aus der Einschränkung für den Eigentümer entstehenden Nachteil beträchtlich überwiegt".

§ 31: „Doch muß in diesem Falle der Staat zugleich dafür sorgen, daß der einzuschränkende Eigentümer für den dadurch zu erleidenden Verlust vollständig schadlos gehalten werde".

§ 32: „In allen Fällen aber können Einschränkungen des Eigentums, welche nicht aus besonderen wohlerworbenen Rechten eines anderen entspringen, nur durch Gesetz begründet werden".

Daraus ergeben sich nun die drei Voraussetzungen jeder Eigentumsbeschränkung im weitesten Sinne: Ihre Zulässigkeit kraft Gesetzes, ihre Notwendigkeit für das Gemeinwohl und der Grundsatz voller Entschädigung. Diese Grundsätze enthalten eine allgemeine Gewähr des Eigentums[324]) und gelten demgemäß für alle Eingriffe in das private Vermögen. Anders die Enteignungsgesetze, die Art und Weise der Enteignung festzulegen hatten. Sie bezogen und beziehen sich mit ihren umständlichen Verfahrensvorschriften nur auf die Fälle der Entziehung und der rechtlichen Belastung des Eigentums im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches[325]). Sonstige Eingriffe der Verwaltung in den Vermögensbereich des Einzelnen waren landesrechtlich anderweit geregelt und zwar von Fall zu Fall in den Gesetzen, die die Beschränkung der Eigentumsausübung mit sich brachten[326]). In Preußen kommt außerdem mangels besonderer Bestimmung § 75 der Einleitung zum ALR. in Frage.

Die Weimarer Reichsverfassung hat nun dem Reiche in den Artikeln 7 Ziff. 12, 90 Abs. 1, 97 Abs. 5 ein eigenes Enteignungsrecht verliehen. Außerdem hat sie in Art. 153 über das Eigentum allgemeine Aussagen gemacht, wonach es verfassungsmäßig gewährleistet wird und hat so die klassischen Enteignungsgrundsätze wiederholt. Diese ganze Regelung erscheint nach ihrem Wortlaut und Sinn ersichtlich darauf abgestellt, den bestehenden Rechtszustand zu erhalten. Sie gab den bürgerlichen Parteien die verfassungsmäßige Gewähr der bestehenden Wirtschaftsordnung und schob sozialistischen Bestrebungen von vornherein einen Riegel vor. Rechtsprechung und Schrifttum legten aber den Art. 153 in einem neuen

[323]) W. Jellinek in: Verfassung des Reichs und der Länder (Teubners Handbuch) 1925 S. 402 ff.

[324]) Sie findet sich häufig in Verfassungen. Vgl. z. B. Pr. Verfassung von 1850 Art. 9.

[325]) Dies hat auch das Reichsgericht früher anerkannt. Wenigstens findet sich in anders gelagerten Fällen keine Anwendung der Enteignungsgesetzgebung. Vgl. RG. 97, 56. 72, 88. 79, 64 (69).

[326]) Eine Zusammenstellung der bis 1885 erlassenen preußischen und Reichsgesetze findet sich bei Rehbein/Reincke S. 292.

eigenen Sinne aus. Wenn sie die Gewähr des Eigentums im Abs. 1 ausdehnten, so mögen sie damit im Sinne des Gesetzes gehandelt haben. Sie verbanden aber mit diesem erweiterten Eigentumsbegriff, der etwa dem des ALR. entsprach, die Grundsätze für die Durchführung einer Enteignung, wie sie in Abs. 2 niedergelegt waren. Damit bekam auch die Bestimmung, die für Enteignungsklagen den Rechtsweg eröffnete, eine unvorhergesehene Bedeutung und die Enteignungsrechtsprechung eine bisher nicht gekannte Ausdehnung. In eine besonders schwierige Lage gerieten die Länder, die sich nicht wie kraft ausdrücklicher Vorschrift das Reich durch ein einfaches Gesetz über die Rechtswegbestimmung hinwegsetzen konnten. Sie sahen sich in einem weit höheren Maße als bisher in der Lage, gegenüber Verwaltungseingriffen aller Art mit bürgerlichen Klagen rechnen und sie vermögensrechtlich ausgleichen zu müssen.

Der Begriff des Eigentums im Sinne des Art. 153 RV. Abs. 2 sollte nach dieser Auslegung ein anderer sein als der in § 903 BGB. niedergelegte. Er sollte bestimmt sein, „jedes private Vermögensrecht" zu umfassen. Anschütz hat diese Ansicht besonders nachdrücklich vertreten und der Anwendung des erweiterten Eigentumsbegriffes längere Erörterungen gewidmet[328]), nachdem Martin Wolff in der Abhandlung „Reichsverfassung und Eigentum" wohl als erster den erweiterten Eigentumsbegriff entwickelt hatte. Das Reichsgericht hat seine Auffassung alsbald aufgegriffen und alle „subjektiven Privatrechte einschließlich der Forderungsrechte"[329]) unter den Schutz des Art. 153 Abs. 2 gestellt. Wenn es am genannten Orte seine Meinung hauptsächlich damit begründet, daß ein innerer Grund zur engen Auslegung des Eigentumsbegriffes und zur Einschränkung des verfassungsmäßigen Schutzes fehle, so zeigt es damit deutlich seinen Standpunkt: Wo immer es im Rahmen der Gesetze angängig ist, den Schutz des Einzelnen in die Hände der ordentlichen Gerichte zu übernehmen. Eine zusammenfassende Uebersicht über seine Rechtsprechung gibt das Reichsgericht im 139. Bande seiner Entscheidungen[330]), wo es zum folgenden Ergebnis gelangt, an dem es auch seither festgehalten hat: „Das Eigentum im Sinne des Art. 153 RV. ist nicht auf den eng begrenzten Eigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts beschränkt, es umfaßt vielmehr außer dem Miteigentum an körperlichen Sachen auch alle subjektiven Privatrechte einschließlich der Forderungsrechte, dagegen nicht die Berechtigungen öffentlichrechtlicher Art". Danach ist jeder Eingriff in ein subjektives Recht in der Entschädigungsfrage der zivilgerichtlichen Nachprüfung unterstellt, ein Umstand, der in der Folgezeit zu unnötigen Klagen und unangemessenen Entschädigungsansprüchen führen mußte. War doch in den neuen Enteignungsfällen nicht einmal die Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde notwendig, indem die landes-

---

[327]) Mit einer kleinen Abweichung: Die Entschädigung muß nur „angemessen" sein.

[328]) Anschütz Verfassung S. 704, 708 ff. Dort ist eine ausführliche Uebersicht über das Schrifttum gegeben.

[329]) RG. 109, 310 (319).

[330]) 139, 177 (182).

rechtlichen Enteignungsgesetze auf sie keine Anwendung fanden. Unter diesen Gesichtspunkten stellt es eine Enteignung dar, wenn ein Grundstück nach Maßgabe eines Landesgesetzes unter Naturschutz gestellt wird[331]), oder wenn der Wert von Bauland durch die Festsetzung von Fluchtlinien gemindert wird[332]). Da die Fluchtlinienfestsetzung ein Bauverbot mit sich bringt, hat sie das Reichsgericht in ihrem Wesen schon früher als Enteignung angesehen[333]), neu aber ist, daß jetzt das Pr. Fluchtliniengesetz vom 2. 7. 1875 (GS. 561) insoweit verfassungswidrig geworden war, als es nur in eng umgrenzten Fällen einen Entschädigungsanspruch gewährt und diesen der Beurteilung der ordentlichen Gerichte entzieht[334]). Man kann die Bedeutung dieses Urteils für die Bautätigkeit der Städte daran ermessen, daß der Reichsgesetzgeber eingreifen mußte, indem er den alten Rechtszustand in einer Notverordnung wieder herstellte[335]): Die zweite Notverordnung des Reichspräsidenten vom 5. 6. 1931 (RGBl. I 279) 6. Teil Kap. III enthält eine reichsgesetzliche Erweiterung der Enteignungsbefugnis für die Städte auf dem Gebiete des Städtebaus. § 6 verweist auf das bisher übliche Landesrecht, das den Rechtsweg ausgeschlossen hatte, während § 7 für den Sonderfall der Freiflächenausweisung die Zulässigkeit des Rechtswegs festlegt. Es mag auch hier zugegeben werden, daß im Einzelfalle Billigkeitsgesichtspunkte für die Zuerkennung einer Entschädigung durch das Reichsgericht gesprochen haben. So bestanden auf dem Gebiete der Freiflächenausweisung tatsächlich Mißstände, und die Politik der Städte war oft darauf gerichtet, Grundstücke zu entwerten, um sie später billig erwerben zu können. Aber auch in diesem Falle war es Sache des Gesetzgebers und nicht der bürgerlichen Rechtsprechung, einer falschen Gemeindepolitik entgegenzutreten. Bedenklich ist es jedenfalls, wenn die pflichtmäßige Tätigkeit der Verwaltung wie im Falle des Fluchtliniengesetzes durch richterliches Urteil gelähmt wird. Hofacker[425]) weist darauf hin, daß die Länder mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts vom Erlaß gewisser Gesetze absehen mußten, weil sie sich nicht der Gefahr zahlloser Entschädigungsklagen aussetzen wollten. Das Reichsgericht hat denn auch von Seiten der Wissenschaft scharfen Widerspruch erfahren. Carl Schmitt lenkte mit seinem Aufsatz über die Auflösung des Enteignungsbegriffes 1929[336]) die allgemeine Aufmerksamkeit auf die Rechtsprechung. Er weist mit Recht darauf hin, daß schließlich jedes Gesetz in Freiheit und Eigen eingreife, und daß jeder aus ihm entspringende Eingriff ohne besondere reichsrechtliche Ausschlußbestimmung ersatzpflichtig werde, wenn man der Rechtsprechung des Reichsgerichts folge. Nur Kurzsicht könne in einer solchen Erweiterung des Rechtsschutzes einen Sieg des Rechtsstaates er-

331) RG. 116, 268 (273).
332) RG. 118, 18 (29, 33).
333) RG. 69, 68 (74).
334) Das Reichsgericht redet heute selbst von den „ungeahnten" Folgen seiner Rechtsprechung: RG. 144, 325 (330).
335) Der Einzelne S. 55.
336) JW. 1929, S. 495 ff.

blicken. Dem gegenüber leitet Anschütz[337]) aus der Entstehungsgeschichte des Art. 153 ab, daß die Anwendung des erweiterten Eigentumsbegriffes den Absichten des Gesetzgebers entsprochen habe. Dagegen spricht jedoch die Erwägung, daß die umfassenden Folgen des neuen Enteignungsbegriffes in der Nationalversammlung mit keinem Worte erwähnt wurden. Dagegen sprechen ferner die in die Zukunft weisenden Bestandteile, die in Art. 153 enthalten sind. Die Feststellung, daß Eigentum verpflichte, und daß sein Inhalt und seine Schranken sich aus den Gesetzen ergeben, soll offensichtlich einer Erstarrung des Eigentumsbegriffs entgegenwirken. Ganz besonders aber gilt das von der Bestimmung, daß der Rechtsweg durch einfaches Reichsgesetz ausgeschlossen werden kann. Hier ist nicht eine Erschwerung, sondern eine Erleichterung der Enteignung im Rahmen der Verfassungsvorschriften beabsichtigt. Wenn daher Wieacker[338]) den Art. 153 als „eine Eigentumsgarantie von gespenstischer Ueberholtheit" bezeichnet, so scheint die Auslegung des Art. 153 noch einen Sieg des liberalen Rechtsdenkens über den Geist seiner eigenen Verfassung darzustellen.

Es ist bemerkenswert, daß die vom Reiche in den ersten Jahren der Weimarer Verfassung erlassenen Gesetze und Verordnungen von ganz anderen Gesichtspunkten bestimmt waren, als sie in der Rechtsprechung und im Schrifttum zum Ausdruck kamen. So wurde von der Möglichkeit, den Rechtsweg auszuschließen, in wichtigen noch heute gültigen Gesetzen Gebrauch gemacht. Dies gilt vom Reichssiedlungsgesetz vom 11. 8. 1919 (RGBl. 1429), wo im § 3 Abs. 2 für die Bereitstellung von Moor- und Oedland die Entschädigungsklage ausgeschlossen wird, von der VO. zur Behebung der dringendsten Wohnungsnot vom 9. 12. 1919 (RGBl. 1968), deren § 4 Abs. 3 den Rechtsweg für alle Enteignungen zum Zwecke des Wohnungsbaus ausschließt[339]). Diese Verordnung findet auch auf das Reichsheimstättengesetz Anwendung (v. 10. 5. 1920 RGBl. 963), wie sich aus dessen § 28 ergibt, ebenso auf die Beamtensiedlungsverordnung v. 11. 2. 1924 (RGBl. I 53) nach deren § 12 und in der Kleinsiedlungsgesetzgebung (Notverordnung vom 6. 5. 1931 in der Fassung des Gesetzes vom 19. 2. 1935 (RGBl. I 341); das gleiche gilt nach dem Gesetz über das Enteignungsrecht von Gemeinden bei Aufhebung von Rayonbeschränkungen vom 27. 4. 1920 (RGBl. I 697) § 7 Abs. 3 und nach der Verordnung über die Vereinfachung der Genossenschaftsbildung und Förderung der Oedlanderschließung vom 13. 2. 1924 (RGBl. I 111) § 2. Ausgeschlossen ist der Rechtsweg auch für Enteignungen auf dem Gebiet des Städtebaus nach der bereits erwähnten Städtebauverordnung von 1931 in der Fassung des Gesetzes vom 29. 3. 1935 (RGBl. I 455) § 6. Ihre Gültigkeit ist durch Gesetz vom 7. 4. 1937 (RGBl. I 442) neuerdings verlängert worden. Die anderen Fälle, in denen das Reich demgegenüber den Rechtsweg ausdrück-

[337]) Verfassung S. 709.
[338]) S. 45.
[339]) Als Grund hiefür wird in dieser Notstandsgesetzgebung die langsame Arbeit der Gerichte angegeben. Quecke S. 120.

lich oder durch Verweis auf die Landesgesetzgebung eröffnet hat, finden sich in der Uebersicht auf Seite 7/8 angeführt. Ein Vergleich der beiden Gesetzesreihen ergibt, daß die Reichsgesetzgebung nur in einer kleinen Ueberzahl von Fällen den Rechtsweg eröffnet hat, während er andererseits in Gesetzen versperrt ist, die von großer praktischer Bedeutung sind, so insbesondere in den wichtigsten Fällen der älteren und neueren Wohnsiedlungsgesetzgebung. Es mag sein, daß diese Gesetze zum Teil augenblicklichen Notwendigkeiten und Notständen entsprungen sind. Wie acker[340]) nennt sie „letzte Auskunftsmittel auf kurze Sicht". Sie zeigen jedenfalls, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts hinter ihrer Zeit herhinkte, wenn sie den Rechtsweg uferlos erweiterte. Es ist bemerkenswert, daß das Reichsgericht heute, trotzdem es seine Meinung nicht ausdrücklich aufgegeben hat[341]), doch zu anderen Ergebnissen gelangt. So hat es eine Klage von Gefrierfleischfabrikanten, die durch die Erhebung neuer Einfuhrzölle geschädigt waren, mit der Begründung abgewiesen, daß der Inhalt des Eigentums der Regelung durch den Gesetzgeber unterliege, und daß eine Sonderbelastung nach dem Sachverhalt nicht gegeben sei[342]). Nach der Machtergreifung hat das Reichsgericht Entschädigungsklagen von Unternehmern abgewiesen[343]), die im Rahmen des ständischen Neuaufbaus zur Einstellung ihres Betriebes gezwungen waren, weil Art. 153 durch die Verordnung vom 28. 2. 1933 außer Kraft gesetzt sei; dies gelte nicht nur, soweit zur Abwehr kommunistischer Gewalttaten erforderlich, sondern allgemein. Die Richtigkeit dieser Begründung kann freilich bezweifelt werden. Die Ansicht Webers[344]), wonach Art. 153 mit verändertem Inhalte weiter Geltung besitzt, verdient den Vorzug, weil sie das Wesen einer neuen Eigentumsauffassung besser bezeichnet als die Berufung auf eine Notverordnung. Auch hat das Reichsgericht in den neueren Entscheidungen den Art. 153 wiederum herangezogen[345]), ohne auf seine Außerkraftsetzung einzugehen. Im übrigen hat es zu einer Anwendung des erweiterten Enteignungsbegriffes in neuester Zeit keine Gelegenheit mehr gehabt, vielmehr hat es in den genannten neueren Entscheidungen stets angenommen, daß eine ausgleichspflichtige Sonderbelastung überhaupt nicht vorliege.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit, festzustellen, welche Fälle des Eingriffs in das Einzelvermögen in Zukunft ersatzpflichtig sein sollen[346]). Fest steht, daß der Grundsatz des Ausgleichs der Sonderbelastung in irgend einer Form erhalten bleibt. Er entspricht der Bindung des Einzelnen in der Gemeinschaft. Insbesondere wird er für die Fälle der Enteignung im

340) S. 46.
341) RG. 150, 9 (14).
342) RG. 139, 177 (183).
343) RG. 145, 369 (373).
344) Eigentum und Enteignung: S. 9 Anm. 2.
345) RG. 150, 9 (14). 150, 174 (180).
346) Ueber die Gesichtspunkte, die im Rahmen einer Gesamtordnung zu einer Abgrenzung zwischen ersatzpflichtigen und nicht ersatzpflichtigen Eingriffen führen können, vgl. etwa die Ergebnisse der Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer des BNSDJ. in: DJZ. 35. 814. Ferner Wieacker in: DJZ. 34. 1119.

alten Sinne der Eigentumsentziehung weiter Geltung behalten, wofür die Fälle der Grundstücksenteignung im nationalsozialistischen Staat hinreichend Beweis sind[347]). Im übrigen bleibt die Frage offen, wie weit zukünftige Enteignungsgesetze im alten Rahmen bleiben oder auch neue Fälle der Enteignung miteinbeziehen[348]). Immerhin bleiben die Fälle der Grundstücksenteignung nach wie vor der in der Wirklichkeit bedeutsamste Eingriff in privates Eigentum. Zugleich wird es sich hier fast immer um Fälle von ausgleichspflichtiger Sonderbelastung handeln, und man wird vermuten können, daß sie auch in Zukunft ihre eigene sachliche und verfahrensrechtliche Würdigung erfahren werden. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung ist jedenfalls die Rückkehr zum alten Enteignungsbegriff und die Abkehr von der erweiterten Auslegung des Art. 153 notwendig: Denn nur insoweit kann die allgemeine Entschädigungspflicht des Reiches und eine einheitliche verfahrensrechtliche Regel über die Zulässigkeit des Rechtsweges anerkannt werden. Ein verwandtes Bestreben zeigt heute der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, wenn er für das bayerische Enteignungsrecht ausdrücklich erklärt[349]): „Staatshoheitliche Eingriffe in das Privateigentum in Form von bezirkspolizeilichen Vorschriften oder auf solche sich beziehende Polizeiverfügungen fallen, auch wenn hiedurch gleichartige Wirkungen herbeigeführt werden, nicht unter den Begriff der Zwangsenteignung". Auch Heilmann[350]) hat in seinem Aufsatz über die Entwicklung des städtischen Bodenrechts festgestellt, daß der nationalsozialistische Enteignungsbegriff sich immer mehr dem früheren genähert hat, so daß er im wesentlichen nur die Entziehung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten begreifen wird.

Ist so der zukünftige Begriff der Enteignung festgestellt, so bleibt hier noch zu untersuchen, ob es auf diesem Gebiete in Zukunft bei der Zulässigkeit des Rechtswegs in der Frage der Entschädigung bleiben kann.

2.

Ebenso wie das Beamtenverhältnis, so wurde auch die Enteignung ursprünglich rein privatrechtlich aufgefaßt. Sie war Uebereignung im Sinne des bürgerlichen Rechts mit der Besonderheit, daß sie unter Zwang erfolgte. Diese Vorstellung fand ihren Ausdruck in der Zwangskauflehre, wie sie etwa noch dem ALR. zugrunde liegt[351]). Auch Otto v. Gierke[352]) spricht im Zusammenhang mit der Enteignung noch von der „Zwangsumwandlung" einer Sache in Geld. Nach der Herausbildung klarer Vorstellungen vom Wesen des öffentlichen als eines Staatshoheitsrechts wurde sie von der öffentlichrechtlichen Auffassung der Enteignung abgelöst, der das Reichsgericht[353]) im Jahre 1906 endgültig zum Durch-

[347]) Zusammengestellt bei Weber in Eigentum S. 26 ff.
[348]) Köttgen S. 207.
[349]) Bayerischer Verw.G.H. vom 7. 11. 1936 in: DVBl. 1937, 268 Nr. 188.
[350]) In: „Der deutsche Volkswirt" vom 24. 9. 1937 S. 2522.
[351]) Abschnitt I Titel 11 § 4: „Der Staat zwingt zum Verkauf einer Sache".
[352]) Deutsches Privatrecht Band II S. 471 Nr. 24. (Leipzig 1895—1917.)
[353]) RG. 61, 102 (109 f.).

bruch verholfen hat. Es blieb jedoch noch die Frage offen, wo die vermögensrechtlichen Beziehungen zuzuordnen seien, die aus der Enteignungsmaßnahme erwachsen. Der Fiskuslehre entsprach eine privatrechtliche Deutung. Aber auch Rechtswissenschaftler, die diese Lehre überwunden hatten und demgemäß Gehaltsstreitigkeiten in das öffentliche Recht verwiesen, blieben für den Fall der Enteignung noch bei der privatrechtlichen Auffassung stehen. Dazu führte folgende Ueberlegung: sowohl nach dem preußischen wie nach dem württembergischen Enteignungsrecht[354]) trifft die Pflicht zur Entschädigung nicht etwa den Staat als solchen, weil er die Enteignungsmaßnahme vollzieht, sondern den „Unternehmer", weil er an die Stelle des bisherigen Eigentümers tritt; er kann mit dem Staat zusammenfallen oder nicht. Bühler[355]) glaubt deshalb mindestens im zweiten Falle ein Streitverhältnis des bürgerlichen Rechts annehmen zu müssen, obwohl er ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen dem Enteigneten und dem Unternehmer begrifflich nicht für unmöglich ansieht. Seine Ansicht kann heute nicht aufrecht erhalten werden. Schon Otto Mayer[356]) weist darauf hin, daß der Unternehmer in jedem Falle im Rahmen des Staatshoheitsrechts handle: Nicht der Staat steigt auf die Stufe des Fiskus herab, wenn er einen Antrag auf Enteignung stellt, sondern umgekehrt ist die Aktiengesellschaft, die für ihr Unternehmen die Enteignung betreibt, auf die Stufe des Staates emporgehoben und handelt als Träger öffentlicher Verwaltung. Diese Auffassung entspricht allein dem Wesen der Enteignung. Selbst wenn sie heute noch ausnahmsweise von einem privaten Unternehmer betrieben werden sollte — meist wird es sich um staatliche Unternehmungen in handelsrechtlicher Form handeln[357]) —, so findet sie doch stets im Namen des Staates und zur Wahrung öffentlicher Belange statt. Und ebenso sind für die Entschädigung nicht so sehr die Gesichtspunkte bürgerlichrechtlicher Schadensersatzberechnung, als die Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleiches maßgebend. Daß auch die Frage der Entschädigung dem öffentlichen Rechte angehört, hat außer Mayer auch Hofacker[358]) betont. Heute ist es allgemein anerkannt; als Beispiel sei Köttgen[359]) genannt, der ausführt, daß die Neugestaltung der durch die Staatshoheitsmaßnahme abgeänderten Eigentumsverhältnisse niemals Aufgabe der ordentlichen Gerichte sein könne. Es wäre deshalb sinn- und zweckmäßig, wenn die Rechtserneuerung eine Ausschaltung des ordentlichen Gerichts auf diesem Gebiete mit sich bringen würde. Daß die Gesetzgebung diese Richtung einschlagen wird, darauf deuten schon jetzt alle Anzeichen.

Es sind bereits oben die Gesetze des Weimarer Reichs aufgezählt, die in Enteignungsfragen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausdrück-

354) § 7, § 8.
355) S. 184.
356) Verw.R. Band II S. 5.
357) Vgl. z. B. die Aktiengesellschaft Obere Saale in Weimar. § 1 des Ges. über den Bau der Saaletalsperre bei Hohenwarthe vom 13. 2. 1935 (RGBl. I 189).
358) Rechtsweg S. 303.
359) S. 55.

lich ausgeschlossen haben[360]). Es ist zu prüfen, welche Möglichkeiten der Rechtsschutzgewährung an ihre Stelle getreten sind. Hier ergeben sich aus den einschlägigen Bestimmungen durchaus neue Gesichtspunkte: Nach den Enteignungsbestimmungen der Wohnungsmangelverordnung und der ihr folgenden Verordnungen entscheidet über die Frage der Entschädigung in letzter Stelle eine „Berufungsbehörde", die von der Landeszentralbehörde bestimmt wird. Auch nach dem Reichssiedlungsgesetz haben die Länder freie Hand in der Festlegung der Beschwerdestelle. Preußen hat hier sein Oberverwaltungsgericht eingesetzt[361]). In dem Gesetz über das Enteignungsrecht von Gemeinden bei Aufhebung von Rayonbeschränkungen tritt bei der Entscheidung letzter Stelle wiederum eine Berufungsbehörde auf, die aber in diesem Falle schon eine kollegiale sein muß, ein Zeichen dafür, daß hier an Verwaltungsgerichte oder doch wesensverwandte Einrichtungen gedacht ist. Noch deutlicher kommt dies zum Ausdruck in § 2 der Oedlandverordnung, die einen Schritt weiter geht und die Behörde letzter Stelle mit richterlicher Unabhängigkeit ausstattet. Die Hinwendung zum Gedanken des Verwaltungsgerichts kommt hier deutlich zum Ausdruck und wurde auch in Preußen verwirklicht, indem dort regelmäßig die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichtes begründet wurde.

Die so begonnene Entwicklung wurde im nationalsozialistischen Staate weitergeführt. Vorbildlich ist hier das Gesetz über Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht vom 29. 3. 1935 geworden[362]). § 3 Abs. 3 des Gesetzes führt — zum ersten mal, ohne sich der Vermittlung der Länder zu bedienen —, ein Entschädigungsgericht ein, das beim Preußischen OVG. gebildet wird und als neues Verwaltungsgericht des Reiches anzusprechen ist, wenn es auch im Rahmen des Behördenaufbaus keine eigene Stellung hat. Es besteht aus dem Präsidenten des Senates für Siedlung und Auseinandersetzung beim OVG. und aus Vertretern der Preußischen Landeskulturbehörden, die die Fähigkeit zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben müssen. Schmidt-Ernsthausen[363]) führt die Einrichtung dieses Sondergerichts auf die Eile zurück, mit der die Landbeschaffung für die Wehrmacht bei ihrem Neuaufbau durchgeführt werde. Er glaubt damit die Ausschaltung der ordentlichen Gerichte entschuldigen zu müssen. Die Tatsache, daß auch das Reichsnaturschutzgesetz[364]) das Entschädigungsgericht beim OVG. für zuständig erklärt, dürfte aber darauf hinweisen, daß man in diesen Gesetzen bereits den Ansatzpunkt zu einer künftigen Neuregelung zu erblicken hat. Dies entspricht auch den Vorschlägen der Rechtslehre. So fordert z. B. Wieacker für die Entscheidung von Enteignungsfragen Sonderbehörden, und gerade Verwaltungsgerichte werden weit eher als die ordentlichen Gerichte in der Lage sein, über die schwierigen Fragen zu entscheiden, die mit der Umsiedlung und Umlegung zusammenhängen, wie sie bei neueren Enteig-

[360]) S. 82 ff. oben.
[361]) Quecke S. 189.
[362]) RGBl. I 467. Durchführungsverordnung vom 21. 8. 1935 RGBl. I 1097.
[363]) ZAkfDR. 1935, 658.
[364]) Vom 26. 6. 1935 RGBl. I 821 § 18 Abs. 4.

nungsvorhaben üblich sind. Schon heute ist dem OVG. eine weitgehende Rechtsprechung auf dem Gebiete der Enteignung übertragen, Wenn im neuen Reichsenteignungsgesetz die Entschädigungsfragen in letzter Stelle einem Reichsverwaltungsgericht übertragen werden sollten, so würde damit eine Entwicklung zum Abschluß gebracht, die dem Wesen des Enteignungsrechts entspricht und die sich in der Gesetzgebung längst wirkungsvoll angebahnt hat.

D. Der Aufopferungsanspruch.

Bisher wurde das Gebiet der Enteignung im engeren Sinne für sich betrachtet und dabei festgestellt, daß hier eine Entschädigungsklage vor den ordentlichen oder neu eingerichteten Verwaltungsgerichten bisher regelmäßig gegeben ist und wohl auch in Zukunft gegeben sein wird. Es muß jetzt gefragt werden, ob ein solcher Rechtsschutz auch in den übrigen Fällen des hoheitlichen Eingriffs in das Einzelvermögen zulässig ist, nachdem in Art. 153 RV. ein Rechtssatz von solcher Tragweite jedenfalls nicht mehr erblickt werden kann. Die Fragestellung wird damit vom Gebiet der Grundstücksenteignung und der vollständigen Eigentumsentziehung auf das Gebiet der öffentlichrechtlichen Entschädigung für Vermögenseingriffe überhaupt verlegt. In der Reichsgesetzgebung finden sich, wie die Uebersicht in der Einleitung gezeigt hat, nur vereinzelte Fälle, in denen die Zulässigkeit der Zivilklage wegen staatshoheitlicher Eingriffe ausdrücklich festgelegt wurde. Auch die nach Art. 109 EGBGB. für derartige Fragen zuständige Landesgesetzgebung hat die Entschädigung in den einschlägigen Gesetzen von Fall zu Fall geregelt, nur in Preußen findet ein Rechtssatz aushilfsweise Anwendung, der bei seiner Bedeutung für den Justizstaat in Deutschland besondere Beachtung verdient. Es wurde bereits oben erörtert, welche Bedeutung der Begriff des besonderen Rechts in § 75[365]) der Einleitung zum ALR. für die Frage des Rechtswegs hatte, und wie die Ueberlieferungslehre des Reichsgerichts an der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte hier festgehalten hat. Es liegt auf der Hand, daß in der allgemeinen Fassung des § 75 für die Gerichte große Möglichkeiten zur Erweiterung ihrer Zuständigkeit liegen. Enthält § 75 doch schon alles, was das Reichsgericht später in Art. 153 RV. hineinlegte, mit dem bedeutsamen Unterschiede freilich, daß ihm keine verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, und daß im Einzelfalle entgegenstehende spätere Landesgesetze dem allgemeinen Grundsatz vorgehen. Die Auslegung des § 75 durch die Gerichte erforderte denn auch mehrfach einschränkende Vorschriften. Schon die Verordnung von 1808 zielte in ihrem § 36 auf ihn, wenn sie vorschreibt, daß der Rechtsweg nicht „über wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte" eröffnet sei noch „gegen allgemeine Anordnun-

[365]) „Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschadigen gehalten."

gen“[366]), noch dann, wenn es um die allgemeine „bürgerliche Freiheit und die Prinzipien vom freien Genuß des Eigentums“ (§ 40) gehe. Beide Bestimmungen sollen nach dem damaligen Stande der Wissenschaft die Fälle ausgleichspflichtiger Belastung von denen scheiden, in denen der Staat der Allgemeinheit Opfer zumuten darf. Freilich konnte man nun wieder zweifeln, was wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte seien; diese Frage wurde bindend entschieden durch die Kabinettsordre vom 4. 12. 1831 betreffend die „genauere Beobachtung“ der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen. Durch sie genehmigt der König einen eigens hiezu verfaßten Bericht seines Staatsministeriums, in dem die ausdehnende Anwendung des § 75 seitens der Gerichte ausdrücklich gerügt wurde. Auch hier wurde ausdrücklich festgestellt, daß der Erlaß von Gesetzen niemals zum Ausgleich von Schäden verpflichten könne, die dem Einzelnen durch sie erwachsen. Trotz dieser Bemühungen des Gesetzgebers blieb der Inhalt des § 75 auch weiterhin umstritten, und das Reichsgericht[367]) nahm noch spät Anlaß, von einer „in Theorie und Praxis zweifelvollen Lehre“ zu reden. In neuerer Zeit hat es den § 75 schärfer umgrenzt, und es kann hier kurz erwähnt werden, welche Begriffsmerkmale es für ihn festgestellt hat: Es müssen Eigentum oder ähnliche dingliche Rechte verletzt sein, während die Aenderung eines nur tatsächlichen Zustandes nicht genügt[368]). Ferner muß der Eingriff zu Gunsten eines bestimmten Dritten erfolgen[369]). Auch hat das Reichsgericht entgegen der herrschenden Lehre den § 75 auch auf schuldlos rechswidrige, nicht nur auf rechtmäßige Eingriffe in das Vermögen ausgedehnt[370]). Es schließt damit eine zwischen der Vorschrift des Art. 131 RV. und § 75 offene Lücke und bemüht sich so auch hier, ein geschlossenes Rechtsschutz- und Staatshaftungssystem in der Hand der ordentlichen Gerichte zu schaffen.

Nachdem Art. 153 RV. heute vom Reichsgericht wenigstens tatsächlich nicht mehr in seinem erweiterten Sinne verwandt wird, gewinnt die Anwendung des § 75 erhöhten Wert für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei der Beurteilung öffentlichrechtlicher Streitfragen. Ein Beispiel dafür gibt die Ausschaltung des Art. 153 durch die Notverordnung über Städtebauenteignung von 1931: An die Stelle der Klage aus Art. 153 traten in der Praxis sofort Aufopferungsansprüche aus § 75 zur Einleitung zum ALR.[371]). Ihre Zulässigkeit wurde vom Reichsgericht auch anerkannt,

---

[366]) Die Grenze der Ausgleichspflicht und des gerichtlichen Rechtsschutzes wurde danach zwischen gesetzlichem und Einzeleingriff der Verwaltung gezogen, wobei der Eingriff durch Gesetz als unmittelbarer Ausfluß der Majestätsrechte nicht ausgleichspflichtig war. Diese Grenzziehung genügt vielleicht für die praktischen Zwecke des Gesetzgebers. Soweit jedoch die Fälle genau bezeichnet werden sollen, in denen die Billigkeit einen Schadensausgleich verlangt, kann nur auf den Begriff der „Sonderbelastung“ abgestellt werden, die im Einzelfall auch einmal durch Gesetz erfolgen kann. So mit Recht Köttgen S. 203.

[367]) RG. 102, 166 (174).

[368]) RG. 102, 166 (174).

[369]) RG. 145, 107 (109).

[370]) RG. 140, 275 (283) und der Aufsatz von Schack VA. 1935, 426 ff.

[371]) RG. 141, 325 (333). 149, 35 (37).

weil § 75 kein Enteignungsspruch im Sinne der Notverordnung sei[372]). — Trotz der heute erhöhten Bedeutung des § 75 ist es nicht klar, welcher räumliche Geltungsbereich ihm zukommt. Es steht zunächst fest, daß er für die landrechtlichen Gebiete Preußens gilt. Aber schon Otto Mayer[373]) hat der Vorschrift einen Sinn gegeben, der sie über die Rolle einer örtlich begrenzten Regelung hinaushebt. Die Pflicht des Staates, besondere Nachteile auszugleichen, die er dem Einzelnen in Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben zufügt, erwächst nach ihm aus einer Billigkeitsforderung zum allgemeinen Rechtssatz, dessen bedeutendster Ausdruck § 75 ist. Dieser Gedanke hat sich in Wissenschaft und Rechtsprechung als außerordentlich fruchtbar erwiesen, wie der Streit um die Auslegung des Art. 153 zeigt. Das Reichsgericht neigt sehr dazu, der Meinung Mayers zu folgen. In einer Entscheidung des Jahres 1926 spricht es z. B. vom Gedanken der Staatshaftung, der in der neueren Gesetzgebung zum Siege gelangt[374]) sei. Es stellt sowohl den § 75 als das Reichsbeamtenhaftpflichtgesetz unter ihn. Es hat weiter den § 75 in ständiger Rechtsprechung nicht nur auf die landrechtlichen Gebiete Preußens, sondern auch auf das Gebiet des gemeinen Rechts angewandt[375]). Vor allem aber spricht das Reichsgericht in einer Entscheidung von 1932 von einer an den Rechtsgedanken des § 75 anknüpfenden Rechtsprechung[376]), womit gemeint sein könnte, daß § 75 ein allgemein gültiger Rechtsgrundsatz sei. Das Reichsgericht hat es jedoch stets vermieden, den § 75 ausdrücklich als deutsches Gewohnheitsrecht zu bezeichnen und seine Ausführungen sind so zweideutig, daß aus ihnen ganz entgegengesetzte Ergebnisse herausgelesen werden können: So glaubt z. B. Schack[377]), die Rechtsprechung als Beweis für eine gewohnheitsrechtliche Geltung des § 75 heranzuziehen zu können, während umgekehrt das OLG. Stuttgart in einer Entscheidung vom 25. 9. 1936[378]) betont, das Reichsgericht habe sich nur für das Gebiet des gemeinen Rechts festgelegt und eine Anwendung des § 75 sei im Gebiete des württembergischen Rechts demnach ausgeschlossen[379]). In der Tat hat das Reichsgericht in allen Fällen, in denen preußisches Recht nicht zum Zuge kam, eine Anwendung des § 75 aus Gründen abgelehnt, die sich aus der Rechtslage im Einzelfall ergaben[380]), und es hat deshalb die Frage seiner räumlichen Geltung offen lassen können. Es würde bei genauer Ueberprüfung dieser Frage auch in Schwierigkeiten kommen, weil im vergangenen Jahrhundert § 75 der Einleitung zum ALR. z. B. in Württemberg sicher nicht gegolten hat, und deshalb eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aus geschichtlichen Gründen nicht angenommen werden könnte.

---

372) RG. 140, 276 (286).
373) Bd. I S. 90, Bd. II S. 298. A. A. Anschütz VA. 1897, S. 66/67. Bühler S. 180 für Württemberg.
374) RG. 113, 301 (306).
375) RG. 145, 107 (109). 140, 276 (284).
376) RG. 135, 308 (310).
377) VA. 1935, 432.
378) JW. 1937, 224, Nr. 6.
379) Gleicher Ansicht schon Bühler S. 180.
380) Vgl. bes. RG. 135, 308 ff.

Heute ist zu den vorhandenen Bedenken gegen eine allgemeine Gültigkeit des § 75 noch ein neues getreten: Es ist fraglich geworden, ob ein derartiger Rechtssatz im nationalsozialistischen Staate überhaupt noch Geltung haben kann. Weber[381]) behauptet mit aller Entschiedenheit, daß durch die Tatsachen der neueren Gesetzgebung § 75 längst außer Kraft gesetzt sei. Er zeigt auf S. 470/71 in 48 Fällen, daß der nationalsozialistische Staat bei Eingriffen in das Einzelvermögen eine Haftung überhaupt abgelehnt hat und schließt daraus, daß die Ueberzeugungskraft der bisher gültigen Grundsätze für dieses Gebiet gebrochen sei. Ersatz kann nur geleistet werden, wenn der Staat dies, wie in weiteren 31 angeführten Fällen, ausdrücklich zubilligt, wobei zu bemerken ist, daß auch hier oft nur bei besonderen Härten eine Entschädigung gewährt wird, und daß der Rechtsweg mit einer einzigen geringfügigen Ausnahme ausgeschlossen ist: Das Lagerstättengesetz verweist auf „allgemeine gesetzliche Bestimmungen", die den Rechtsweg vorsehen können[382]). Auch Köttgen[383]) hat sich neuerdings gegen eine Entschädigungspflicht des Staates im überlieferten Umfange geäußert. Nur im Falle von unzumutbarer Sonderbelastung will er eine solche im Einzelfalle festgesetzt wissen. Für die Gegenwart hält er allerdings an der Geltung des § 75 fest. Dem gegenüber gehen die meisten Aeußerungen im Schrifttum von der Grundlage gegenwärtiger und zukünftiger Geltung des § 75 aus. Als Beispiele seien hier etwa Rosenberger[384]) und Schmidt-Ernsthausen[385]) genannt. Rosenberger meint im genauen Gegensatz zu Weber, der Gedanke des § 75 habe noch nie so tiefes Verständnis gefunden wie heute, eine Auffassung, die der tatsächlichen Lage der Gesetzgebung und auch der Stellungnahme der Wissenschaft weitgehend widersprechen dürfte. Auch Giese[386]) hat in seinem Werk „Der öffentlichrechtliche Ersatzanspruch" den Gedanken des Aufopferungsanspruches seinen Ausführungen zu Grunde gelegt, und die gleiche Auffassung ist für Schack[387]) bestimmend, wenn er feststellt, daß § 75 trotz und neben Art. 153 RV. und § 70 PVG. nunmehr anderthalb Jahrhunderte bestanden habe, womit seine Verankerung im deutschen Rechtsbewußtsein hinreichend unter Beweis gestellt sei. Im gleichen Sinne ist schließlich noch Stödter[388]) zu nennen, der Art. 153 in seinem erweiterten Sinne nach wie vor als geltendes Recht ansieht und § 75 deshalb keine Geltung mehr zuerkennt, sowie Scheuner[389]), der § 75 weiter als geltend behandelt und die zahlreichen Ausschlußklauseln der neueren Gesetzgebung nur aus gesetzgeberischer Vorsicht erklärt.

Man kann aus dieser Erörterung zwei Ergebnisse herausziehen: Was zunächst den geltenden Rechtszustand anlangt, so kann die wenigstens

381) Bei Frank S. 468.
382) Siehe oben S. 5.
383) S. 203.
384) ZAkfDR. 1935, 654 (655).
385) ZAkfDR. 1935, 657 (658).
386) Vgl. insbesondere die Zusammenfassung auf Seite 83.
387) VA. 1935, S. 446.
388) RVBl. 1934, 518 (520): Zur Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung.
389) RVBl. 1936, 5. S. 7.

grundsätzliche Weitergeltung des § 75 nicht bezweifelt werden, da er ja vom Reichsgericht dauernd angewandt wird, und somit der Rechtsweg für derartige Ansprüche tatsächlich offen steht. Was die zukünftige Gestaltung betrifft, so ist die Frage noch durchaus offen, ob eine allgemeine Bestimmung nach Art des § 75 reichsrechtlich eingeführt wird, oder ob die ausgleichspflichtigen Fälle nach dem Aufzählungsgrundsatz einzeln festgelegt werden. Allgemeine Regelungen für Teilgebiete, so etwa für die Frage des polizeilichen Notstandes, haben sich bewährt und werden wohl sicher bestehen bleiben[390]). Es ist nicht notwendig, diese gesetzestechnischen Fragen hier zu entscheiden. Für die Frage des Rechtsweges steht jedenfalls fest, daß eine Klage vor dem ordentlichen Gericht in Zukunft ausgeschlossen sein wird. Dies ergibt sich aus der Gesetzgebung mit aller Deutlichkeit. Auch kann an der verwaltungsrechtlichen Natur der Entschädigung heute kein Zweifel mehr sein: sie wird auch von Merk[391]) anerkannt, der noch die Ansprüche aus Art. 131 für privatrechtlich hält. Für die weitere Frage, ob Verwaltungsgerichte oder Verwaltungsbehörden über die Höhe der Entscheidung zu befinden haben, gelten genau die gleichen Gesichtspunkte, die auch für die Frage der Entschädigung selbst maßgebend sind. Wo es sich um Eingriffe handelt, die eine Sonderbelastung für den Betroffenen mit sich bringen, ist regelmäßig ein Recht auf Entschädigung gegeben, dem die Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung vor Verwaltungsgerichten zu entsprechen hat. Wo dagegen die Entschädigung nur aus Billigkeit und in beschränktem Umfange vorgesehen ist, da ist die Entscheidung über sie ganz in das Feld pflichtgemäßen Ermessens gerückt und so wenig Rechtsfrage, daß auch eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung nicht in Frage kommen wird[392]). Ob diese Fälle als ausdrückliche Ausnahmen von einer allgemeinen Regel gefaßt werden, oder ob Entschädigungspflicht und Rechtsschutz im Einzelfalle bestimmt wird, liegt in der Hand des Gesetzgebers. Seine Grundeinstellung zur Frage Allgemeinzulässigkeit des Rechtswegs (Generalklausel) oder Aufzählungsgrundsatz (Enumerationsprinzip) scheint auf die zweite Lösung hinzuweisen. Sie wird den Bedürfnissen des Rechtslebens genügen, wenn Regelungen wie die des polizeilichen Notstands in § 70 PVG. auch in Zukunft beibehalten werden. Für eine allgemeine Fassung spricht andererseits der Umstand, daß die Verwaltungsgerichte eher wie die ordentlichen Gerichte in der Lage sein werden, eine ungerechtfertigte Beeinflussung der Verwaltungstätigkeit zu vermeiden. Man wird bei Entscheidung auch dieser Frage nicht verkennen dürfen, daß die Ausgleichspflicht für den Fall der Sonderbelastung dem Billigkeitsgefühl und Rechtsempfinden gleichermaßen entspricht und daher auch nach einem Ausdruck im Gesetze verlangt.

[390]) Geringfügige und vorübergehende Belastungen sind selbstverständlich nie ausgleichspflichtig. So mit Recht das Sächs. OVG. vom 8. 12. 1935 in: DVBl. 1936, S. 110/111 Nr. 101.

[391]) S. 583.

[392]) Vgl. als Beispiel aus der älteren Gesetzgebung etwa das Tumultschädengesetz vom 12. 5. 1920 RGBl. 941. Auch dort entscheiden Verwaltungsbehörden beim Billigkeitsausgleich.

E.

Eingriffe in die Freiheit der Person.

Im Vorliegenden ist das Recht der Enteignung und des hoheitlichen Vermögenseingriffes betrachtet worden, soweit es für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte Bedeutung hat. In der einleitenden Uebersicht wurden noch zwei Gesetze genannt, die über das Gebiet des Vermögensrechts hinausgreifen und eine Entschädigungspflicht des Staates für Eingriffe in die persönliche Freiheit festlegen. Sie sind erst spät und deshalb ausdrücklich erlassen worden, weil ein subjektives öffentliches Recht auf Freiheit der Person bisher nicht allgemein anerkannt worden war. Heute wird man dem unschuldig Verhafteten ein Recht auf Entschädigung zuerkennen, da ja für ihn die Möglichkeit besteht, seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

Sowohl im Falle unschuldig verbüßter Strafhaft als auch unschuldig erlittener Untersuchungshaft hat unstreitig der Staat als Hoheitsträger in das Leben des Einzelnen eingegriffen und ist auch aus Gründen des öffentlichen Rechts zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet. Trotzdem wäre es falsch, hier an der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Ersatzklage etwas ändern zu wollen. Nicht die Tatsache, daß hier ein öffentliches Rechtsverhältnis im Sinne der bisherigen Lehre vorliegt, ist für die Frage der Zuständigkeit das eigentlich Entscheidende, sondern der Umstand, daß hier Fragen zu entscheiden sind, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Rechtspflege durch die ordentlichen Gerichte entstanden sind. Es handelt sich hier um innere Vorgänge der ordentlichen Rechtspflege und die Entscheidung darüber, ob ein Ausgleich für die durch den ordentlichen Richter angeordnete Haft zu gewähren ist, kann dem Verwaltungsgericht ebenso wenig zugewiesen werden, wie die Beurteilung beamtenrechtlicher Fragen dem ordentlichen Richter. Die Bestätigung dieser Ansicht ergibt sich auch aus der Tatsache, daß der Reichsjustizminister und nicht der Reichsinnenminister den notwendigen Vorentscheid fällt. Ein durchaus gleichliegender Fall ist bekanntlich im DBG. geregelt, wo der ordentliche Richter über die Amtspflichtverletzung des richterlichen Beamten entscheidet, weil hier innere Fragen des bürgerlichen Verfahrensrechts zu lösen sind. Ebenso muß auch in Zukunft der pflichtgemäße Eingriff in die Freiheit des Einzelnen durch ein Gericht von gerichtlichen Behörden in eigener Zuständigkeit beurteilt werden.

VII. Der Justizstaat in der Rechtsprechung.

1.

Die grundsätzliche Stellungnahme des Reichsgerichts zu § 13 GVG. und damit zur Zuständigkeitsabgrenzung für die Zivilgerichte ist bereits oben dargelegt worden[393]). Die Trennungslinie läuft danach im allgemeinen gleich mit der zwischen privatem und öffentlichem Rechte. Es ist die gleiche Scheidung, die sich mit der Auffassung der Verwaltung als eigenständiger Ordnung verträgt und damit auch dieser Arbeit zu Grunde gelegt ist.

Freilich hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts Ergebnisse gezeitigt, die seiner eigenen Grundauffassung zuwider laufen. Das Reichsgericht hat sich sehr stark an die Gedankengänge Steins angenähert, dessen formelle Auffassung des § 13 GVG. die Ausdehnung der Gerichtszuständigkeit zu fördern geeignet ist. Es ist sogar im Ergebnis über ihn hinausgegangen, und die Urteile sind verhältnismäßig selten, in denen es eine Klage wegen seiner Unzuständigkeit auf verwaltungsrechtlichem Gebiete abweist. Dies gilt selbst dann, wenn man alle Fälle aus der Betrachtung ausscheidet, in denen das Reichsgericht entgegen dem heutigen Stande der Wissenschaft von vornherein ein privates Rechtsverhältnis angenommen hat. Sie sind im Rahmen dieser Arbeit nicht zu erörtern, die nur die bewußte Tätigkeit der Zivilgerichte auf öffentlichrechtlichem Gebiete zu verfolgen hat.

In dem 105. Band seiner Entscheidungen[394]) hat das Reichsgericht wie an vielen anderen Stellen betont, daß der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit über das Gebiet des materiellen bürgerlichen Rechts hinausgreife: Es sei unrichtig, daß Ansprüche, auch solche vertraglicher Natur, sofern sie „im öffentlichen Rechte wurzeln, darin ihre Grundlage haben", stets und schon deswegen als öffentlichrechtliche zu betrachten seien. Solche Ansprüche könnten auch Gegenstand einer bürgerlichrechtlichen Streitigkeit sein. Diese Vorstellung und Ausdruckweise hat das Reichsgericht mit gewissen Einschränkungen bis in die neueste Zeit beibehalten[395]). Als Beispiele werden am oben angegebenen Ort verschiedene Entscheidungen genannt[396]), und es heißt dann weiter, daß auch Unrechtsansprüche wegen angeblich obrigkeitlicher Handlungen zu den bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten gehören, sofern sie sich als offenbare Willkürhandlungen darstellen. An Hand der vom Reichsgericht hier vorgetragenen Grundsätze und an Hand der beispielsweise heran-

393) Siehe oben S. 20.
394) RG. 105, 35 (37).
395) RG. 154, 201 (207).
396) RG. 97, 197. 93, 78. 93, 202/3.

gezogenen Entscheidungen kann man drei Fälle unterscheiden, in denen das Reichsgericht auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung hoheitliche Rechtsverhältnisse überprüft. Ihre Zusammenstellung findet sich in der einleitenden Uebersicht Seite 7.

2.

a) Privatrechtliche Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen können nach Ansicht des Reichsgerichts sowohl aus vertraglichen Beziehungen als auch aus unerlaubten Handlungen entstehen. Was zunächst die Fälle anlangt, in denen Körperschaften des öffentlichen Rechts unter einander oder mit einem Volksgenossen in ein Rechte- und Pflichtenverhältnis treten, dessen Inhalt in einem öffentlichrechtlichen Vertrage niedergelegt ist oder doch vertragsähnlichen Charakter aufweist, so ist klar, daß hier die Anwendung der Rechtssätze und Rechtsgebilde des bürgerlichen Rechts besonders nahe liegt. Dies gilt umso mehr, als es keine verwaltungsrechtlichen Gesetze gibt, die Begründung, Inhalt und Erfüllung von Verträgen des Verwaltungsrechts im allgemeinen regeln[397]). So hat das Reichsgericht in erheblichem Umfange den Rechtsweg für die Beurteilung von Verwaltungsrechtsverträgen eröffnet, wofür als Beispiel das Gebiet des öffentlichrechtlichen Vergleichs herangezogen werden kann, dem das Reichsgericht, insbesondere im Falle der Verteilung von öffentlichen Lasten, etwa auf dem Gebiete des Straßenbaus oder des Schulwesens, privatrechtliche Wirkungen zuschreibt. Es hat dabei den verwaltungsrechtlichen Charakter der zu Grunde liegenden Rechtsbeziehungen durchaus anerkannt und die Ableitung privatrechtlicher Ansprüche aus ihnen mit dem angeblichen Geschäftswillen der beteiligten Hoheitsträger begründet. Es nimmt nämlich als möglich an, daß sie ihre gegenseitigen Willenserklärungen selbst privatrechtlich aufgefaßt wissen wollen, und hat dann auch gegenüber dem Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs eine solche Meinung der Parteien regelmäßig unterstellt. Wo dies nach dem Sachverhalt unmöglich erschien, hat es die Möglichkeit abgelehnt[398]), eine gerichtliche Klage zu erheben. Als Beispiel für die reichsgerichtliche Rechtsprechung kann etwa eine Entscheidung aus dem Jahre 1907 herangezogen werden[399]), die sich bereits auf eine ständige Rechtsprechung beruft. Es heißt dort: „Es kann den Beteiligten nicht verwehrt werden, durch gegenseitige Einwilligung für die dem öffentlichen Rechte angehörenden Verpflichtungen neben dem etwa schon bestehenden, im öffentlichen Rechte wurzelnden Verpflichtungsgrund noch eine besondere privatrechtliche Grundlage zu schaffen". Ganz im gleichen Sinne sagt es im Jahre 1912[400]): „Der Vergleich ist zur

[397]) Ein umfassender Versuch einer Regelung ist in dem Entwurf einer „Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg" gegeben. Wie weit sie für ein zukünftiges Reichsverwaltungsrecht zum Vorbild dienen wird, ist heute nicht zu übersehen. („Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg". Stuttgart 1931.)
[398]) Z. B. RG. 133, 301 (307).
[399]) RG. 67, 291 (293).
[400]) RG. 79, 197 (200).

Beilegung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten geschlossen worden. Eine derartige Vereinbarung gehört, wenn sie überhaupt Bedeutung haben soll, vor die ordentlichen Gerichte". Indem das Reichsgericht so den Parteien die Absicht unterstellt, sie wollten sich durch den Vertrag gerade den Schutz des bürgerlichen Rechts und die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung nach den Regeln der ZPO. verschaffen, so zeigt sich auch hier wiederum, wie die Aufrichtung eines geschlossenen Rechtsschutzsystems dem höchsten deutschen Gericht als Hochziel vorschwebte und seine Rechtsprechung beeinflußte. Es hat in diesem Punkte an ihr bis in die neueste Zeit festgehalten und sie 1935[401]) ausdrücklich bestätigt, wobei es sich fast wörtlich der gleichen Ausdrucksweise bedient, wie in der Entscheidung des Jahres 1912.

Die Beibehaltung dieser Rechtsprechungsgrundsätze wird in Zukunft Bedenken begegnen. Zwar läßt sich für ihre Berechtigung einiges anführen: Es wird in der Tat stets Lebensgebiete geben, auf denen man zweifeln kann, ob sich die Körperschaft des öffentlichen Rechts auf hoheitlichem Gebiete bewegt oder ob sie Teilnehmerin am Privatrechtsverkehr ist. Beispiele bieten insbesondere die gemeinnützigen Unternehmungen in Wirtschaft und Verkehr. Hier ist etwa eine Entscheidung lehrreich, die das Reichsgericht im 148. Bande anführt[402]): Der Straßenbauunternehmer kann danach entweder durch Ortsstatut zur Leistung verpflichtet sein oder sich in einem privatrechtlichen Werkvertrage zur Leistung verbunden haben. Im ersten Falle spricht das Reichsgericht vom „Unternehmer im engeren Sinne". Wie in derlei Fällen, so wird man auch sonst der öffentlichen Hand die Möglichkeit geben müssen, sich je nach Lage des Falles auf hoheitlichem oder bürgerlichrechtlichem Gebiete zu bewegen, so daß der Wille ihrer Vertreter hier in der Tat Bedeutung haben kann. Wenn aber das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung den privatrechtlichen Charakter von Vergleichen als Regel annimmt, und gewissermaßen eine Vermutung dafür aufstellt, daß die Parteien ihren Streit vor die ordentlichen Gerichte tragen wollen, so widerspricht das dem hier aufgestellten Ordnungsgrundsatz und dem Wesen der Verwaltungstätigkeit. Die Frage, wer Wegebaukosten zu tragen hat, Schulhäuser unterhält, Oedland erschließt, die Frage, welche Umlagen der Neusiedler zu zahlen hat, soll eben nicht unter den gleichen Gesichtspunkten entschieden werden, wie die Darlehensstreitigkeit von Hinz und Kunz. Hier handelt es sich um öffentliche Aufgaben, die nicht nur unter dem Gesichtspunkt zu entscheiden sind, daß eine Partei ihr vertragliches Recht erhält, sondern auch unter dem Gesichtspunkt gemeindepolitischer und verwaltungsmäßiger Notwendigkeiten. Wie überall auf dem Gebiete der Verwaltung hat der Gedanke der Zweckmäßigkeit hier mehr Raum als im bürgerlichen Geschäftsverkehr. Schon die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, wie sie in den angezogenen Fällen geltend gemacht wurde, beweist, daß diese Umstände bisher nicht

401) RG. 147, 280 (283/84).
402) RG. 148, 338 (345).

genügend gewürdigt wurden, und daß auch der Wille der Vertragspartner, sich auf dem Boden des bürgerlichen Rechtes zu bewegen, nicht so regelmäßig gegeben ist, wie das Reichsgericht annimmt. Man wird daher regelmäßig den Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs anzunehmen haben und nur in Ausnahmefällen privatrechtliche Vereinbarungen anerkennen, nämlich dann, wenn der Hoheitsträger sich offensichtlich auf fiskalischem Gebiete bewegt hat. Freilich drängt sich gerade hier wieder die Notwendigkeit auf, Stellen zu schaffen, die Streitigkeiten über Lastenverteilung und über die Zahlung von Umlagen an Stelle der ordentlichen Gerichte entscheiden. In Württemberg, wo nach § 10 des VRPflG. „für alle gegenseitigen öffentlichrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Gemeinden und Amtskörperschaften" die Klage vor dem Verwaltungsgerichtshof möglich ist, ist einer Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ohne weiteres ihre Grundlage entzogen.

Was hier ausgeführt ist, scheint zunächst auch für das Gebiet der amtlichen Aufbewahrung und Hinterlegung zu gelten. Daß es sich bei der Arbeit der Hinterlegungsstellen um amtliche Dienste und nicht um ein bürgerliches Verwahrungsverhältnis handelt, ist längst erkannt und ergibt sich schon aus der Tatsache, daß die Hinterlegung in den meisten und praktisch bedeutsamsten Fällen auf ein schwebendes gerichtliches Verfahren einwirken soll. Von den Fällen, in denen sie materielle Rechtswirkungen hervorbringt, hat nur die Hinterlegung bei Gläubigerverzug eine gewisse Bedeutung[403]). Auch hat das Reichsgericht den öffentlichen Charakter des Hinterlegungswesens schon im Jahre 1901 anerkannt[404]). Es hat jedoch auch hier angenommen, daß neben den öffentlichrechtlichen privatrechtliche Beziehungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterleger und der Verwahrungsstelle erwachsen, und daß deshalb im Streitfalle die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet sei[404]). Diese Anschauungen hat es auch später aufrecht erhalten, wobei es gelegentlich ausführt, daß solche Beziehungen wenigstens für die Zeit nach der Beendigung der Verwahrung gegeben seien[405]). Schließlich hat es sich auf die hilfsweise Anwendung des bürgerlichen Rechts zurückgezogen und einen schönen Beweis für sein überwiegendes Gewicht erbracht, indem es über die Hinterlegung ausführt[406]): Dies Verhältnis des öffentlichen Rechts weise so viele Aehnlichkeit mit dem Verwahrungsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches auf, daß sich die Anwendung seiner Sätze ohne weiteres rechtfertige. Mit dieser Ausführung hätte das Reichsgericht seine Zuständigkeit allerdings nicht annehmen dürfen: Es hat sich zwar schon früher dahin ausgesprochen[407]), daß die entsprechende Anwendung privatrechtlicher Sätze auf Verhältnisse des öffentlichen Rechts die Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges mit sich bringen könne und hat diese Auffassung damit begründet, daß „sonst der

[403]) § 372 BGB.
[404]) RG. 48, 255 (258).
[405]) DJZ. 1923, 368/69 ebenso RG. bei Warneyer 1908, Nr. 305.
[406]) RG. 115, 419 (422).
[407]) RG. 65, 113 (117).

Rechtsweg überhaupt unzulässig sein würde". Da aber die entsprechende Anwendung privatrechtlicher Sätze doch im Rahmen des öffentlichen Rechts bleibt, und da das Reichsgericht seine Meinung nicht anders gerechtfertigt hat, so muß festgestellt werden, daß es in Wahrheit nicht Sätze des Privatrechts entsprechend angewandt, sondern vielmehr ein dem öffentlichrechtlichen entsprechendes Privatverhältnis erfunden hat.

Im vorliegenden Falle hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber ausdrückliche Anerkennung erfahren. Nachdem noch Stuckart[408]) die Hinterlegungsstreitigkeiten den Verwaltungsgerichten zuweisen wollte, hat die neue Hinterlegungsordnung vom 10. 3. 1937 (RGBl. I 285) folgendermaßen entschieden: Das Hinterlegungsverhältnis ist, wie sich aus dem Gesetze ergibt, ganz dem Gebiete hoheitlicher Staatstätigkeit zugehörig. Die Aufgaben der Hinterlegungsstellen werden von den Amtsgerichten wahrgenommen. Gegen ihre Entscheidung ist die Beschwerde im Aufsichtsweg möglich, wobei der Oberlandesgerichtspräsident an letzter Stelle entscheidet. Diesem notwendigen Vorentscheid kann bei Herausgabestreitigkeiten noch „die Klage auf Herausgabe im ordentlichen Rechtsweg" folgen. Für sie ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Landgericht zuständig (§ 3 Abs. 5). Diese Regelung erklärt sich nicht etwa aus der Ueberlieferung oder aus dem Mangel einer reichseinheitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Vielmehr dürfte ihr der gleiche Sinn zuzuerkennen sein, der bereits bei der Behandlung von Ersatzansprüchen aus sonstiger richterlicher Tätigkeit zu Tage getreten ist: Da das Hinterlegungswesen regelmäßig mit Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten zusammenhängt, und da die Amtsgerichte mit seiner Durchführung beauftragt sind, handelt es sich hier um eine justizeigene Angelegenheit, die eben deshalb im Rahmen der Gerichtsorganisation entschieden wird, wobei als Anfechtungsinstanz gegenüber der Hinterlegungsstelle beim Amtsgericht die Landgerichte am Platze sind. Es ist auch in der Tat nicht einzusehen, weshalb ein Verwaltungsgericht über die Tätigkeit des Amtsrichters entscheiden sollte.

b) Nicht nur auf dem Gebiete des Vertrags, sondern auch auf dem der unerlaubten Handlung hat das Reichsgericht den Satz vertreten, daß auch aus hoheitlichen Verhältnissen privatrechtliche Ansprüche erwachsen können. Für die Haftung des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften aus unerlaubter Handlung gilt ja zunächst folgendes: Als Fiskus und Teilnehmer am Privatrechtsverkehr haften sie wie jeder Privatmann im Umfange des § 823 BGB., weil ihnen das Verhalten ihrer Organe nach den §§ 89/31 BGB. und das ihrer Angestellten nach § 831 BGB. zugerechnet wird. Handelt der Staat hingegen als Hoheitsträger, so hat er für das Verschulden seiner Beamten nach § 839 BGB. in Verbindung mit den Staatshaftungsgesetzen einzustehen. Diese klare gesetzliche Ordnung hat das Reichsgericht verwischt, indem es auch den Staat als Hoheitsträger nach Maßgabe des § 823 BGB. haften ließ. Das Haupt-

[408]) DVBl. 35, 163.

beispiel für diese Rechtsprechung ist die sogenannte Verkehrssicherungspflicht der öffentlichrechtlichen Körperschaft, wonach sie für den Zustand ihrer Straßen privatrechtlich haftet. Sie ist vom Reichsgericht selbständig und ohne jede gesetzliche Grundlage entwickelt worden. In der grundlegenden Entscheidung[408a]) des Reichsgerichts vom Jahre 1903 führt es hiezu aus: „Eine privatrechtliche Verantwortung wird dadurch, daß dem Grundstückbesitzer die Unterhaltung des Weges als öffentlichrechtliche Pflicht obliegt, nicht ausgeschlossen"[409]). „Die Schadensersatzpflicht ergibt sich aus dem wirklichen privatrechtlichen Eigentum der Gemeinde[410]) und die Verletzung der im öffentlichen Rechte wurzelnden Unterhaltspflicht des Eigentümers kann eine privatrechtliche Haftung begründen." Einen wirklich stichhaltigen Grund für diese Vermischung von Haftungsgrund und Haftung hat das Reichsgericht nicht angegeben. Es bezieht sich nur wiederholt auf eine Tatsache, die es zuletzt noch im Jahre 1937[411]) zu seiner Rechtfertigung herangezogen hat: Wegebaupflichtig könne nicht nur der Staat, sondern auch ein Privatmann sein, und es sei kein Grund ersichtlich, aus dem beide verschieden behandelt werden könnten. Dieser Vergleich kann nicht gutgeheißen werden. Es ist eine offensichtliche Verkennung des staatlichen Straßenbauwesens, wenn man den Staat als Träger großer verkehrspolitischer Aufgaben mit einem privaten Grundeigentümer vergleicht, der dem öffentlichen Verkehr einigen Boden gewidmet hat. Die Rechtsprechung kann hier nur als Ueberbleibsel aus einer Zeit verstanden werden, die alle Lebenserscheinungen nach Möglichkeit vom Boden des Privatrechts aus zu sehen strebte. Daß die bis jetzt aufrecht erhaltene Auffassung des Reichsgerichts nicht nur dem Wesen der Sache widerspricht, sondern auch praktisch untragbare Folgen hat und vor allem vor der Neuordnung des Straßenwesens gehabt hat, das hat Hofacker in seinem Werk: „Die Verkehrssicherungspflicht" so überzeugend dargetan, daß nur übrig bleibt, auf ihn zu verweisen[412]). Zur Anwendung des § 823 auf dem Gebiete des Verkehrswesens bestand übrigens auch aus rechtsschutzpolitischen Gründen kein Anlaß, da die ausdehnende Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Art. 131 RV. alle Fälle decken kann, in denen ein Verkehrsteilnehmer billigerweise Schadensersatzansprüche wegen des schlechten Zustandes öffentlicher Straßen stellen könnte. In Zukunft muß auch die hoheitliche Aufgabe der Regelung des Verkehrs den gleichen Grundsätzen unterliegen wie alle andere hoheitliche Tätigkeit. Eine Haftung ist nur nach den Grundsätzen über die Amtspflichtverletzung möglich.

Die ganze Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verkehrssicherungspflicht stellt sich zugleich dar als Anwendungsfall eines allgemeineren Rechtssatzes, den das Reichsgericht im Zusammenhang seiner Entscheidungen gelegentlich zum Vortrag bringt. Der Anspruch aus Ersatz

[408a]) RG. 54, 53.
[409]) A. a. O. S. 55.
[410]) A. a. O. S. 57.
[411]) RG. 154, 16 (25).
[412]) Insbesondere S. 27—30.

des Schadens nämlich, der durch Verletzung einer öffentlichrechtlichen Pflicht entsteht, ist regelmäßig im „geordneten" Rechtsweg zu verfolgen und nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen[413]). Dieser Grundsatz, der durch die Vorschrift des Art. 131 RV. eine gesetzliche Bestätigung zu erfahren scheint, ist der gleiche, der schon für die Zuweisung der Amtshaftungsklage ins Privatrecht als Grundlage erkannt wurde. Das Reichsgericht hat ihn nicht nur zum Verständnis des § 839 BGB. herangezogen, sondern auch benützt, um das Recht der unerlaubten Handlungen im allgemeinen in das öffentliche Gebiet einzuführen. Diese Auffassung war um die Jahrhundertwende in der Wissenschaft durchaus herrschend. Hatschek[414]) gibt ein besonders gutes Beispiel hiefür, wenn er der „Entschädigungsfunktion des Fiskus" große Bedeutung „vindiziert" und so alle Fälle unter den Begriff privatrechtlich-fiskalischer Tätigkeit bringt, in denen der Staat aus irgendeinem Grunde haftet. Daß das Reichsgericht hier eine Lehre festhält, von der die Wissenschaft großenteils abgekommen ist, wurde bereits bei der Erörterung über den Rechtscharakter der Verbindlichkeiten aus Art. 131 RV. dargelegt, und es ist bemerkenswert, daß das Reichsgericht in seinen neuesten Entscheidungen sehr stark von der Annahme privatrechtlicher Ansprüche aus hoheitlichen Streitverhältnissen abrückt. Zwar sind neue Grundlagen der Rechtsprechung noch nicht klar erkenntlich. Doch müßten sich aus der folgenden Aeußerung des Reichsgerichts weittragende Folgen ergeben, wenn es bei ihr beharren sollte. In einer Entscheidung des Jahres 1937 heißt es[415]), nachdem zunächst frühere Entscheidungen ausdrücklich für fehlerhaft erklärt sind: „Aus einem rein öffentlichrechtlichen Verhältnis können sich grundsätzlich nur öffentlichrechtliche Beziehungen der Beteiligten entwickeln, und für öffentlichrechtliche Ansprüche steht der Rechtsweg nur soweit offen, als er vom Gesetzgeber gewährt wird". Auch ohne daß eine solche gesetzliche Regelung genannt werden könnte, hat das Reichsgericht im gleichen Bande seine bisherige Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht trotz möglicher Bedenken aufrecht erhalten[416]). Es läßt sich dies ohne inneren Widerspruch eigentlich nur damit erklären, daß das Reichsgericht in Fragen der Wegeunterhaltung aus geschichtlichen Gründen bei seiner Rechtsprechung bleibt. Wenn es den neu entwickelten Gedanken folgerichtig durchführt, so wird in Zukunft für manche Rechtsstreitigkeit ein Rechtsschutz fehlen. Daß dieser Umstand in Kauf genommen werden muß, hat das Reichsgericht in einer Entscheidung[417]) anerkannt, die damit freilich im Gegensatz zu seiner sonstigen Haltung steht, wonach die Sicherung des Rechtsschutzes als sein besonderer Leitgedanke anzusehen ist[418]).

[413]) RG. 99, 96 (97) und noch genau so RG. 144, 15 (19).
[414]) VA., insbesondere S. 468/69. S. 458.
[415]) RG. 154, 201 (207).
[416]) RG. 154, 16 (25).
[417]) RG. 130, 319 (328).
[418]) RG. 65, 113 (117). Dort kommen die Bestrebungen des Reichsgerichts besonders deutlich zum Ausdruck.

3.

Das Reichsgericht hat den Satz herausgearbeitet, daß Ansprüche im Rechtswege verfolgt werden können, die aus einer rein willkürlichen Handlung amtlicher Organe entstehen. Auch dieser Satz ist ursprünglich aus der Unrechtslehre herausgewachsen, und in einer schon oben genannten Entscheidung des Reichsgerichts werden derlei Ansprüche im unmittelbaren Zusammenhange mit denen aus unerlaubter Handlung genannt[419]). Doch hat an sie im Laufe der Entwicklung eine selbständige Rechtsprechung angekünpft, die zu einer eigenen Würdigung der Lehre durch das Reichsgericht selbst und durch das Schrifttum[420]) geführt hat, so daß sich auch hier eine gesonderte Behandlung empfiehlt. Eine Zusammenfassung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung findet sich im 130. Band der Entscheidungssammlung[421]). Darnach ist ihr Ursprung in einem Urteil des Jahres 1920 zu suchen[422]), dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag: Ein Landrat hatte im Kriege drei Kühe des Klägers beschlagnahmt und der Verwertung zugeführt, um ihn damit für säumige Milchlieferung im Rahmen der Kriegswirtschaft zu „strafen". Diese Maßnahme war rein willkürlich gewählt, und dem Landrat stand eine derartige Befugnis unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu, so daß der Staat aus schuldhafter Amtspflichtverletzung seines Organs verklagt wurde. Insoweit folgte eine Haftpflicht aus § 839 BGB. in Verbindung mit den Staatshaftungsgesetzen, und es ist nicht recht ersichtlich, warum das Reichsgericht der Entscheidung später besondere Bedeutung beigemessen hat, zumal es selbst in der Begründung alles ausführt, was zur Rechtfertigung eines Amtshaftungsanspruches gefordert werden kann. Der Sachverhalt unterscheidet sich von andern nur dadurch, daß der Landrat nicht im Rahmen eines Gesetzes gegen seine Pflichten verstieß, sondern überhaupt ohne gesetzliche Grundlage handelte. In dem vom Reichsgericht nächstbenannten Falle[423]) wird ebenfalls ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht. Daneben aber verlangt der Kläger auch die Herausgabe von Waren, über die die Polizei nach einer rechtmäßigen Beschlagnahme ohne gesetzliche Grundlage verfügt hatte, und stützt diese Klage auf § 985 BGB. Für diese Eigentumsklage ist der Rechtsweg nicht wie im Falle des Art. 131 durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift eröffnet. Hier wird vielmehr — und das ist der hier maßgebende Punkt — die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte von der Unrechtsklage gelöst und nur damit begründet, daß eine Maßnahme der Verwaltung keinerlei gesetzliche Grundlage habe. Auch hier mag die Vorstellung von Einfluß gewesen sein, daß eine derartige Maßnahme sich zu weit vom Wesen aller Verwaltung entfernt habe, um noch als hoheitlich gelten zu können. Ganz deutlich wird die neue Rechtsprechung noch im gleichen Jahre herausgearbeitet[424]), als der Staat Gotha auch die Forsten seines ehemals re-

[419]) RG. 105, 35 (37).
[421]) RG. 130, 290 (292).
[422]) RG. 97, 179.
[423]) RG. 100, 219 (222).
[424]) RG. 102, 251.

gierenden Hauses enteignete, die auf preußischem Gebiete gelegen waren. Insoweit war die Enteignung reine Wilkürhandlung und ohne rechtliche Wirksamkeit: Der Staat Gotha hatte keine rechtliche Macht, in Preußen Wälder zu enteignen. Deshalb konnte der Herzog mit Erfolg auf Feststellung seines Eigentums im ordentlichen Rechtswege klagen. In der Folgezeit wurde der so entwickelte Rechtssatz allgemein anerkannt und auch von den Kompetenzgerichtshöfen übernommen, die damit eine Frage des öffentlichen Rechts ohne besondere gesetzliche Grundlage den bürgerlichen Gerichten zur Entscheidung überließen. Der preußische Kompetenzgerichtshof[425]) läßt die vorhin angedeutete Begründung erkennen, wenn er ausführt, Staatshoheitsakte könnten zwar nicht durch Klage vor den Zivilgerichten angegriffen werden, „aber wenn in einer Klage geltend gemacht wird, die ... Behörde habe sich zwar als solche, aber auf einem ihr überhaupt nicht zugewiesenen Gebiete betätigt", dann ist „ein solcher Akt einem nicht behördlichen gleichzustellen und dem Angriff der Gerichte nicht entzogen". Die endgültige Festlegung und Zusammenfassung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung findet sich schließlich in der schon oben genannten Entscheidung vom Jahre 1931[426]), wo zwei Voraussetzungen für die Zulassung der Klage genannt werden: Zunächst muß die Verwaltungsmaßnahme ohne jede gesetzliche Grundlage erfolgt sein, so daß eine bloße Zuständigkeitsüberschreitung nicht ausreicht. Sodann muß mit der Klage ein „privatrechtlicher Anspruch" geltend gemacht werden, wofür als Beispiele Schadensersatzklage und Bereicherungsklage genannt werden. Damit ist nicht etwa gemeint, daß das Rechtsverhältnis mit Rücksicht auf den Klaganspruch im Sinne der Titellehre von selbst dem privaten Rechte angehöre; verlangt ist nur, daß ein privatrechtlich geschütztes Rechtsgut getroffen ist, womit einer Allgemeinklage auf Feststellung ungesetzmäßiger Verwaltungshandlungen entgegengetreten werden soll. So knüpft die Rechtsprechung auch hier wieder an die Verletzung der besonderen und wohlerworbenen Rechte an, die seit der Zeit des Naturrechts einen besonderen Schutz genießen und im Rechtsweg verfolgt werden können. Es verdient besondere Beachtung, daß dementsprechend im vorliegenden Falle nicht nur die finanziellen Wirkungen einer ungesetzmäßigen Handlung ausgeglichen werden, sondern daß die Verwaltungsmaßnahme selbst vor dem ordentlichen Gerichte angegriffen werden kann: Die beschlagnahmten Waren müssen von der Polizei herausgegeben werden.

Aus den hier entwickelten Grundsätzen ergibt sich für die Zukunft ohne weiteres, daß solche Angriffe nicht deshalb im Zivilrechtswege erfolgen können, weil der Grad der amtlichen Willkür hier ein besonders hoher ist. Hier werden vielmehr die gleichen Grundsätze zur Anwendung zu kommen haben, die für jede andere Amtspflichtverletzung jetzt oder in Zukunft gelten. Auch das Einspruchsverfahren des DBG. muß hier wie sonst zur Anwendung kommen. Nur mit dieser Lösung kann der Eindruck vermieden wer-

[425]) Urteil vom 5. 7. 1924 in: JW. 1924, S. 2081 Nr. 3.
[426]) RG. 130, 290 (292).

den, daß bei besonders schwerwiegenden Amtspflichtverletzungen der Schutz des Einzelnen durch das Verwaltungsgericht als ungenügend zu betrachten sei. Das Reichsgericht hat seine entgegenstehende Meinung noch in einer Entscheidung des Jahres 1933[427]) beiläufig erwähnt. Nachdem es neuerdings die Eigenart öffentlichrechtlicher Streitigkeiten wieder stärker betont, wird man auf die Dauer mit einer Aenderung seiner Rechtsprechung auch in diesem Punkte rechnen können.

4.

Ueber sonstige Zuständigkeitserweiterungen hinaus, die das Reichsgericht im Gebiete des öffentlichen Rechts vorgenommen hat, führt seine Lehre von den Rechtsstreitigkeiten kraft Ueberlieferung, die es im Jahre 1918 entwickelt[428]) hat. Diese Lehre bietet ein ausgezeichnetes Beispiel für die Gründe und Absichten der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Die Grundlage des ersten Urteils lag danach in einem Sachverhalt, der dem Gebiete des öffentlichen Rechts entstammt: Eine Stadtgemeinde hatte sich mit einer Straßenbahnunternehmung durch Vertrag über die Bedingungen der Erteilung einer Betriebsberechtigung geeinigt und in diesem Vertrage u. a. die Höhe der Fahrpreise bindend festgelegt. Die Stadt verlangte nun in der Klage Rückgängigmachung einer dem Vertrage zuwider erfolgten Preiserhöhung. Die Tatsache, daß alle hier bestehenden Rechtsbeziehungen rein öffentlichrechtlicher Natur sind, wird vom Reichsgericht erkannt und in längeren Ausführungen dargelegt. Vor allem ist auch die Annahme privatrechtlicher Nebenansprüche auf öffentlichrechtlichem Grunde nach dem Sachverhalte nicht möglich, weil keine vermögenswerten Leistungen gefordert werden, wie sie nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts häufig privatrechtliche Ansprüche begründen. Nirgends hatte also das Reichsgericht mehr Gelegenheit, entsprechend seinem oft geäußerten Grundsatz, der Ausdehnung der zivilgerichtlichen Zuständigkeit entgegenzutreten. Und doch kommt es zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Aus den Materialien zum GVG. wird herausgelesen[429]), daß der Gesetzgeber in § 13 einen „fixierten Begriff" der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit habe festlegen wollen, so wie er beim Erlasse des Gesetzes nach dem damaligen Stande von Wissenschaft und Rechtsprechung gegeben war. Nicht die Streitigkeit ist danach bürgerlichrechtlich, die nach den Lehren des materiellen Rechts heute dem Privatrecht angehört, sondern die zufällige Auffassung der Wissenschaft im Jahre 1879 soll ein für allemal darüber entscheiden, welche Ansprüche vor die bürgerlichen Gerichte gehören. Diese Rechtsauffassung war geeignet, dem Reichsgericht für die Zukunft seine umfangreiche Vorkriegszuständigkeit zu erhalten. 1879 hatte noch die Fiskuslehre geherrscht, die jetzt 40 Jahre später in ihren verfahrensrechtlichen Folgen verewigt wurde, nachdem sie von Rechtsprechung und Wissenschaft längst aufgegeben war. Ob-

[427]) RG. 143, 106 (110).
[428]) RG. 92, 310.
[429]) A. a. O. S. 313.

wohl eine ausdrückliche Erklärung des Reichsgerichts darüber fehlt, kann auch die Zuständigkeit der Gerichte in Streitsachen aus § 75 der Einleitung zum ALR. nur aus der Ueberlieferungslehre gerechtfertigt werden, denn eine ausdrückliche Zulässigkeitserklärung findet sich im ALR. nicht. Die Folgen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wären im übrigen noch viel weiter gegangen, wenn nicht die Reichsabgabenordnung den Rechtsweg für alle Steuerstreitigkeiten ausgeschlossen hätte, die hinfort von den Finanzgerichten entschieden wurden[430]).

Es ist für die Untersuchung bemerkenswert, daß das Reichsgericht auch in diesem Falle wieder glaubte, in eine Rechtsschutzlücke einspringen zu müssen. Der eigentliche Grund für seine Auffassung findet sich in dem Satze, der der Zusammenfassung seiner Lehre unmittelbar voransteht[431]): Die Arbeit der Wissenschaft habe in vielen Fällen zur Annahme öffentlichrechtlicher Verhältnisse geführt, die bisher ihrer Natur nach als privatrechtlich angesehen worden seien. Dieser Wechsel der Auffassung „kann unmöglich zur Folge haben, daß die Streitigkeiten aus früher privatrechtlich angesehenen Rechtsgebieten nunmehr dem ordentlichen Rechtsweg entzogen werden und damit jeder Rechtsschutz für die betreffenden Ansprüche wegfällt". Diese Ueberzeugung von der Unentbehrlichkeit und den besonderen Vorzügen des Rechtsschutzes durch die ordentlichen Gerichte entspricht nicht dem wirklichen Bedürfnis nach sachgemäßer Entscheidung eines Streitfalles aus dem Verwaltungsrechte, wie Hofacker[432]) gerade am Beispiel der Fahrpreiserhöhung zeigt. Die Frage nämlich, ob Fahrpreise erhöht werden oder nicht, kann richtigerweise nicht auf Grund von Vertragsbestimmungen und Gesetzesanwendung entschieden werden, sondern sie ist aufs engste mit Gesichtspunkten verknüpft, die sich aus den Zielen der Gemeindepolitik, aus den Bedürfnissen des Verkehrs, aus den Belangen der Gemeinschaft ergeben. Sie muß deshalb von der Ebene des Verwaltungsrechtes aus entschieden werden, und ihre Behandlung durch ein ordentliches Gericht widerspricht jedenfalls in Zukunft dem Wesen der ordentlichen Rechtspflege, ein Ergebnis, das oben schon für den öffentlichrechtlichen Vertrag im allgemeinen festgelegt wurde. Das neue Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. 12. 1934 (RGBl. I 1217)[433]) hat deshalb in seinem § 35 Absatz 1 für Streitigkeiten auf diesem Gebiete nur noch die Entscheidung im Verwaltungswege vorgesehen.

Das Reichsgericht hat die einmal gefällte Entscheidung bisher gegenüber jedem Angriff festgehalten[434]). Es hat bei Otto Mayer als einem führenden Verwaltungsrechtswissenschaftler Beifall gefunden. Er hat durch seine Darlegungen die Rechtsprechung des Reichsgerichts wohl auch beeinflußt, ohne daß es ihn allerdings ausdrücklich nennt. In der ersten Auf-

---

430) § 242 RAO.
431) A. a. O. S. 314.
432) Rechtsweg S. 326.
433) Vgl. jetzt das Gesetz vom 8. 12. 1937 (RGBl. I 1319).
434) RG. 93, 201 (209), 93, 78 (79), 106, 106 (109), 111, 211 (213), 112, 22. 221, 129, 188, 130, 313 (317) u. a.

lage seines „Verwaltungsrechts“[435]) hat er den § 13 GVG. ausgelegt und festgestellt: „Die Theorie kann wohl erklären, daß als öffentlichrechtlich anzusehen und danach zu beurteilen sei, was man früher als zivilrechtlich ansah. Aber sie hat nicht die Macht, zu sagen, daß es nun auch den Zivilgerichten nicht gehöre. Das Gesetz besteht, welches diese Sachen, was die Zuständigkeit der Zivilgerichte anlangt, als bürgerliche Rechtsstreitigkeit hat behandeln wollen, und dabei bleibt es“. Otto Mayer führt für seine Stellungnahme ebenso wie das Reichsgericht die Notwendigkeit an, das Rechtsschutzsystem lückenlos auszugestalten. Er hat seine Auffassungen zwar in der zweiten Auflage seines Werkes aufgegeben[436]) und das Bestehen von „obdachlosen Rechtssachen“ anerkannt, doch hat er die Rechtsprechung des Reichsgerichts später trotzdem gebilligt und als rechtsschutzpolitisch erfreulich begrüßt[437]). Neben ihm hat besonders Lassar[438]) die Lehre des Reichsgerichts gefördert, indem er den neuen Begriff der „Zivilprozeßsache kraft Ueberlieferung“ schuf und ihr damit einen sicheren Platz im wissenschaftlichen Begriffsgebäude anwies. Auch er spricht von „billigenswerten rechtsschutzpolitischen Gründen“ des Reichsgerichts. Mathuse[439]) sieht seine Rechtsprechung bereits als Ausfluß eines Gewohnheitsrechtsatzes an. Diese Meinung geht zweifellos zu weit, wenn man als Grundlage des Gewohnheitsrechts die allgemeine Rechtsüberzeugung fordert. Denn der Widerstand gegen die reichsgerichtliche Praxis ist nie verstummt und vor allem von den Kompetenzgerichtshöfen aufrecht erhalten worden, die ja für Zuständigkeitsfragen als oberste Instanzen zu gelten haben. Der preußische Kompetenzgerichtshof erklärte schon in seiner Entscheidung des Jahres 1924[440]) allein das Klagevorbringen der Partei als maßgebend für die Frage der Zuständigkeit. Er geht also vom Sachverhalt aus, ohne die rechtlichen Anschauungen früherer Jahrzehnte in Betracht zu ziehen. Im Jahre 1927[441]) setzte er sich in offenen Widerspruch zum Reichsgericht, das seine Rechtsprechung zu dieser Zeit schon 9 Jahre pflegte. Hier stellt er fest, daß das Reichsgericht in allen auf Grund seiner Lehre entschiedenen Rechtsstreitigkeiten „zu Unrecht“ Rechtsschutz gewährt habe. Es ergibt sich hier der merkwürdige Zustand, daß von zwei ihrem Rang nach gleich geordneten deutschen Gerichten das eine dem andern ausdrücklich eine gesetzwidrige Rechtsprechung vorwarf.

Man wird nicht verkennen können, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Vergangenheit bis zu einem gewissen Grade eine tatsächlich vorhandene Lücke ausfüllen mußte. Das wird auch noch heute vom Schrifttum anerkannt. So führt neuerdings Apelt[442]) aus, daß zwar zur Zeit der Entstehung des GVG. klare Vorstellungen über den Begriff

[435]) Band II S. 215.
[436]) Band II S. 180 Anm. 6.
[437]) S. 174 Anm. 6.
[438]) S. 1 ff., ferner in JW. 1924, Anm. zu S. 208 Nr. 1.
[439]) S. 58.
[440]) In: JW. 1924. S. 2083 Nr. 5.
[441]) JW. 1927, S. 785 Nr. 17.
[442]) S. 86, 88.

der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gar nicht bestanden hätten. Deshalb lehnt er auch ein Fortwirken derartiger Vorstellungen in die heutige Zeit ab. Aber er billigt doch im Ergebnis die Rechtsprechung, wenn er eine Ergreifung der obdachlosen Rechtsstreitigkeiten durch die Gerichte vorschlägt, die ohne wissenschaftliche Begründung nur mit Hinweis auf das vorhandene Rechtsschutzbedürfnis erfolgen soll. Damit geht Apelt von einer Vorstellung aus, wie sie auch für die reichsgerichtliche Rechtsprechung bisher als maßgebend aufgezeigt wurde, nämlich von der Forderung, daß für jede Rechtsstreitigkeit ein gerichtlicher Schutz gegeben sein müsse. Sie kann jedenfalls für das Gebiet des Verwaltungsrechts nicht gebilligt werden, wie die zahlreichen Streitigkeiten zeigen, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung heute der gerichtlichen Austragung entzogen sind. Zuzustimmen ist allerdings den Ausführungen Apelts, in denen er die theoretische Begründung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im geschichtlichen Sinne ablehnt. Sie läuft dem heutigen Denken zuwider[443]). Eine Zeit, die auf allen Lebensgebieten neue Grundlagen sucht oder doch zumindest den Wert der Ueberlieferung überprüft, kann sich nicht auf den Rechtszustand des vorigen Jahrhunderts festlegen, sondern wird auch Zuständigkeitsfragen von Fall zu Fall mit ihren eigenen Wertmaßstäben messen. Sie stellt damit auch der Forschung neue Aufgaben, die sich bisher auf kommentarmäßige Ansammlung geschichtlicher Anschauungen beschränken mußte. Daß es dem Reichsgericht allerdings schwerfällt, von seiner bisherigen Linie abzugehen, das zeigt eine schon oben mehrfach angezogene neue Entscheidung[444]): Dort wird die bisher angenommene privatrechtliche Haftung des Staates für hoheitliche Tätigkeit im Grundsatz abgelehnt. Die Verkehrssicherungspflicht wird als Ausnahme mit einer Begründung beibehalten, die so aussieht, als sollte sie auf dem Umweg über die Lehre von den Rechtsstreitigkeiten kraft Ueberlieferung aufrecht erhalten werden. Die Anwendung des § 823 BGB. beruht nämlich jetzt „auf der rechtsgeschichtlich zu erklärenden Vorstellung von einer bürgerlichrechtlichen Schadensersatzpflicht". Es liegt auf der Hand, daß das Reichsgericht mit solchen Auffassungen jeden neuen Rechtsgedanken im Gebiete des Zuständigkeitsrechts ausschalten könnte, ein Ergebnis, das in jedem Fall als widersinnig betrachtet werden müßte.

[443]) Huber DR. 405.
[444]) RG. 154, 201 (207).

VIII. Vorfragenentscheidung.

Es sind im Vorhergehenden einzelne Fälle besprochen worden, in denen das Zivilgericht seinen Einfluß auf das Gebiet des Verwaltungsrechts erstreckt. Abschließend muß eine Erscheinung erwähnt werden, die auf wesentlich breiterer Grundlage eine ähnliche Frage aufrührt: Eine besondere Lage des Verfahrens gestattet es den Gerichten, ausnahmslos über alle Fragen des öffentlichen Rechts zu entscheiden, wobei hier nicht nur an das Gebiet des Verwaltungsrechts gedacht ist, sondern an alle andern Rechtsgebiete, die sonst noch unter diesen Oberbegriff fallen. Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Vorfragen ist bereits bei der Erörterung der justizstaatlichen Artikel begegnet, mit der Besonderheit jedoch, daß richtiger Ansicht nach auch der Anspruch in der Hauptsache selbst dem Verwaltungsrecht angehörte, weshalb das gesamte Streitverhältnis nur auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift den Zivilgerichten zuzuweisen war. Anders liegt der Fall, wenn im Rahmen eines echten privatrechtlichen Streits über eine öffentlichrechtliche Vorfrage zu entscheiden ist. Sie wird nach anerkanntem Gewohnheitsrechte wie jede andere Rechtsfrage vom Gericht in eigener Zuständigkeit mitentschieden. So etwa, wenn der Ausgang eines Erbschaftsstreits von der Feststellung der Staatsangehörigkeit des Erblassers abhängig ist, wenn der Preis einer Ware sich je nach ihrer Unterwerfung unter staatliche Preisbindungen anders berechnet, wenn die Entscheidung über eine Eigentumsfreiheitsklage davon abhängt, ob der vom Störer benutzte Weg ein öffentlicher ist.

In Deutschland hat das Reichs- und Landesrecht stets an der Mitentscheidung der öffentlichrechtlichen Vorfrage durch das Zivilgericht festgehalten, so daß die notwendige Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausnahme darstellt. Für das geltende Recht läßt sich diese Regelung aus § 148 ZPO. entnehmen, und das Reichsgericht hat „das Recht und die Pflicht" zur Entscheidung von Vorfragen ausdrücklich festgestellt[445]), sofern nur in der Hauptsache ein privater Rechtsstreit gegeben ist[446]). Das deutsche Recht unterscheidet sich damit vom französischen, das die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Rechte auch bei der Regelung der Zuständigkeit strenger durchführt.

Die vorliegende Arbeit hat die Herauslösung verwaltungsrechtlicher Streitfragen aus dem Zivilgerichtsbetrieb zum Grundsatz genommen. Doch wäre es verfehlt, ihn auch im vorliegenden Falle zur Anwendung zu bringen. Er entspringt nicht schematischem Trennungsdenken, und er soll keine unüberbrückbaren Gegensätze zwischen zwei Rechtsgebieten aufreißen. Er ergibt sich vielmehr aus der Notwendigkeit einer sinngemäßen

[445]) RG. 106, 40 (43).
[446]) RG. 146, 257 (258).

Arbeitsteilung zwischen den verschiedenen Rechtsschutzbehörden, die zweckmäßig in Anlehnung an die im völkischen Leben gegebenen, von ihren eigenen Gesetzen bestimmten Lebensgebiete vollzogen wird. Die Trennung einer Streitigkeit in ihre öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Teile folgt nicht aus dem hier aufgestellten Ordnungsgrundsatz, sondern läßt sich nur als strenge Durchführung eines vorgefaßten Lehrsatzes ableiten. Sie widerspricht einem wirklichkeitsnahen Denken, weil sie der tatsächlichen Einheit des Streitfalles nicht gerecht wird, ganz abgesehen davon, daß eine Verschleppung des Verfahrens und Doppelarbeit die unvermeidliche Folge ist. Man wird also Huber[447]) nicht beistimmen, wenn er in allen Fällen eine bindende Vorentscheidung von Verwaltungsbehörden über die Vorfrage fordert. Er gelangt damit — wenn auch von eigenen Grundlagen aus — im Ergebnis zur Uebernahme des französischen Systems, dessen „rationalistische Schärfe" Carl Schmitt[448]) mit Recht dem in Deutschland herrschenden Denken entgegensetzt. Ebenso wie er tritt auch Scholz[449]) und neuerdings Apelt[450]) für die Erhaltung des bestehenden Rechtszustandes ein. Man wird hier berücksichtigen müssen, daß die Rechtsprechung der Gerichte an sich schon ein anderes Bild abgeben wird, wenn die justizstaatlichen Artikel der Weimarer Reichsverfassung weggefallen sind und wenn auch die Rechtsprechungsgrundsätze sich von einer Zuständigkeitserweiterung fernhalten. Damit werden die Fälle selten werden, in denen Fragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts noch als Vorfragen auftauchen. Vor allem aber wird ihre Entscheidung stets im Rahmen eines privaten Streits fallen, der für den Staat keine unmittelbare Bedeutung hat, und jedenfalls seine Tätigkeit nicht zu beeinflussen vermag. Dann kann auch nicht mehr von einem „apogryphen Justizstaat" gesprochen werden, wie dies Huber[451]) heute noch nicht mit Unrecht tut, und der „indirekte Schutz", den die Gerichte gegen den Staat gewähren, wird der Vergangenheit angehören. Eine einheitliche Entscheidung des ordentlichen Gerichts wird dann weder den Zwecken des nationalsozialistischen Staates zuwiderlaufen noch den berechtigten Wünschen der Verwaltung nach Wahrung ihrer eigenen Zuständigkeit Abbruch tun.

[447]) DR. S. 403.
[448]) ZAkfDR. 1935 S. 436.
[449]) S. 53.
[450]) S. 30.
[451]) DR. S. 403.
[452]) Gneist S. 148.

Schrifttum.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919. 14. Aufl. Berlin 1933.

— Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung d. Staatsgewalt. VA. S. 97, S. 1.

Apelt, Heinrich: Die Zulässigkeit des Rechtswegs, Schramberg 1935.

Arendts, Karl: Die Notwendigkeit eines spruchgerichtlichen Verfahrens in Militärversorgungssachen. Deutsche Rechtspflege, 1936, S. 269 ff.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat. Kassel und Göttingen. 1864.

Bahmann: Das Verhältnis des Verwaltungsstreitverfahrens zu den tragenden Gedanken des neuen Staates. DV. 1934 S. 51 ff.

Bergsträsser, Ludwig: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom Jahre 1849. Bonn 1913.

Bochalli: Das Preuß. Gesetz über die Anpassung der Landesverwaltung an die Grundsätze des nationalsozialistischen Staates.

Boehmer, Gustav: Einführung in das Bürgerliche Recht. Leipzig 1932.

Brand, Arthur: Das Deutsche Beamtengesetz (DBG.) Berlin 1937.

v. Brauchitsch, M.: Verwaltungsgesetze für Preußen, 24. Aufl. Berlin 1930, Ergänzungsheft II zu Band I. Berlin 1934.

Bühler, Ottmar: Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württ. Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts, Stuttgart, 1911.

Dankwerts: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im nationalsozialistischen Staate. In: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht § 6.

— Das Verwaltungsverfahren. DV. 1937, S. 74 ff.

Dannbeck, Siegmund: Die Amtshaftung. In: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, § 15.

Delius: Die Haftpflicht der Beamten. Berlin 1901.

— Zivilrechtliche Haftung des Reiches bei Amtspflichtverletzungen des Reichspräsidenten und der Reichsminister. LZ. 1928, S. 242 ff.

Drews, Bill: Preußisches Polizeirecht. Band I. Berlin 1931.

— Preußisches Polizeirecht Band I. Berlin 1933.

— Der Entwurf eines Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes. RVBl. 1931, S. 2 ff.

Drews, Polizeipräsident: Wiedereinführung der Konflikterhebung RVBl. 1934, S. 178 ff.

Eckhardt, Karl-August: Das Studium der Rechtswissenschaft. Hamburg 1935.

— Zum Begriff des Subjektiven Rechts. DRW. 1936, S. 353 ff.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. Marburg 1931.

Fischbach: Das Erstattungsverfahren. RVBl. 1937, S. 369 ff.

— Die subjektiven öffentlichen Rechte der Beamten. DJZ. 1933, S. 1842 ff.

Fleiner, Fritz: Ueber die Umbildung der zivilrechtlichen Institute durch das öffentliche Recht. Tübingen 1906.

— Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

Frank, Hans: Deutsches Verwaltungsrecht. München 1937.

Freisler, Roland: Das Werden des Juristen im Dritten Reich. Teil I: Das Hochschulstudium, Berlin 1933.

— Führertum in der Rechtspflege, Hamburg 1935.

Frick, Wilhelm: Staat und Partei. DV. 1934 S. 289 ff.

— Probleme des neuen Verwaltungsrechts. ZAkfDR. 1936, S. 960 ff.

Genzmer, Felix: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II. § 97 Tübingen 1932.
Giese, Friedrich-Wilhelm: Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch. Stuttgart 1936.
— Reformfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1936 S. 508 ff.
— Die Neugestaltung der sogenannten Konfliktserhebung. DVBl. 1937, S. 273 ff.
Göring, Hermann: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Hamburg 1936.
v. Gneist, Rudolf: Der Rechtsstaat. 2. Aufl. Berlin 1879.
Goez, Karl: Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg. Tübingen und Leipzig 1902.
Goldschmidt, James: Zivilprozeßrecht. Berlin 1932. (Jude).
Grauert: Die Entwicklung des Polizeirechts im nationalsozialistischen Staat. DJZ. 1934. S. 968 ff.
Groh, Walter: Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis. Mühlhausen 1929.
Hagemann: Zur Wiedereinführung der sogenannten Konfliktserhebung: RVBl. 1934, S. 587 ff.
Hatschek, Julius: Institutionen des Deutschen Staatsrechts. Berlin 1913.
— Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. VA. 1899. S. 424 ff.
Heckel: Das Weggesetz vom 21. 5. 35 DJZ. 1935 S. 777 ff.
Hofacker, Wilhelm: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg. Arch. cPr. 1918 S. 281 ff.
— Die Verkehrssicherungspflicht. Stuttgart 1929.
— Der Einzelne und die Gesamtheit. Stuttgart 1930.
- Zur Haftung des Staats und der Körperschaften für Handlungen, die zum Schadenersatz verpflichten: In Reich und Länder 1937, S. 217 ff.
Höhn, Reinhard: Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat. DRW. 1936, S. 49 ff.
-- Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson. Berlin 1935.
Holtz, Dietrich: Das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DV. 1934 S. 290 ff.
Huber, Ernst: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts. In: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin 1935. S. 143 ff.
— Justiz und Verwaltung DR. 1935 S. 401 ff.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. In: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abt. Rechtswissenschaft. Band XXV Berlin 1928. (Jude.)
Jerusalem, Franz: Das Verwaltungsrecht und der neue Staat. In: Festschrift für Rudolf Hübner. Jena 1935.
Jpsen, Hans: Das Problem der justizlosen Hoheitsakte. Hamburg 1937.
Kaczmaryk, Max: Die Haftung für die Verkehrssicherheit der Reichswasserstraßen. Berlin und Leipzig 1936.
Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre. In: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Abt. Rechtswissenschaft Band XXIII. Berlin 1925. (Jude.)
Kern, Eduard: Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts. Tübingen 1936.
Klausener, Erich: Das Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. 6. 31. Berlin 1931.
Knauth, Rudolf: Die heutige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DJZ. 1934, S. 1119 ff.
— Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich. RVBl. 1933 S. 887 ff.
v. Köhler, Ludwig: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart und Berlin 1935.
Köllreuter, Otto: Rechtspflege und Verwaltung. In: Arch. des öffentlichen Rechts. 1929, S. 416 ff.
— Deutsches Verfassungsrecht Berlin 1935.

Kraft: Die Entschädigung für rechtsmäßige Eingriffe der Staatshoheit. Gruchot 1916. S. 268—295. S. 392—458.
Köttgen, Arnold: Deutsche Verwaltung. 2. Auflage. Berlin 1937.
Kiefer-Schmid: Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 35. Stuttgart und Berlin 1937.
Krebs: Pflichtmäßiges Ermessen und Reichsgericht. RVBl. 1935, S. 31 ff.
Krüger: Neue Grundzüge des Verwaltungsrechts. DVBl. 1936 S. 505 ff.
Lassar, Gerhard: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht. Berlin 1921.
v. Löwenstern: Volksrechte im Spiegel der Verwaltung. In: Der Deutsche Verwaltungsbeamte 1935, S. 260 ff.
Mathuse, Hans-Christian: Justiz und Verwaltung. Oelde i. W. 1933.
Maunz, Theodor: Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit DR. 1935. S. 478 ff.
— Die Entwicklung des Deutschen Verwaltungsrechts seit dem Jahre 1933. ZStW. 1935 S. 311 ff.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Erste Aufl. Leipzig 1895.
— Deutsches Verwaltungsrecht 2. Aufl. München und Leipzig 1914.
— Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. München und Leipzig 1924.
— Die Haftung des Staats für rechtswidrige Amtshandlungen. In: Sächs. Archiv. für Rechtspflege 1913 S. 1 ff.
Merk, Wilhelm: Verfassungsschutz. Stuttgart 1935.
Meyer, Herbert: Oeffentliches und Privatrecht nach germanischer Anschauung. ZAkfDR. 1935 S. 49 ff.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. Leipzig 1905.
Münzesheimer, Kurt: Versäumung obrigkeitlicher Schutzpflicht als Haftungsgrundlage. Köln 1937.
Neef: Das Erstattungsgesetz. ZAkfDR. 1937, S. 295 ff.
Nipperdey, Hans: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Berlin 1930.
Pieper, J.: Das Reichsbeamtengesetz vom 31. 3. 1873. Berlin 1896.
Quecke, Hans: Reichsenteignungsrecht: Berlin 1936.
Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht. 3. Auflage. Berlin 1885.
Pfeiffer, B. W.: Die Unabhängigkeit des Richters. Göttingen 1851.
Pütter, Johann-Stephan: Anleitung zum Deutschen Staatsrechte. Uebersetzt von v. Hohenthal. Bayreuth 1791.
Reuß: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich. JW. 1935, S. 2025 ff.
— Der neue Staat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1936 S.
Rosenberger: Aufopferungsansprüche gegenüber der Wehrmacht. ZAkfDR. 1935 S. 654 ff.
Schack: Die richterliche Kontrolle von Staatsakten im neuen Staat. RVBl. 1934, S. 592 ff.
— Die Anwendung des § 75 der Einleitung zum ALR. auf schuldlos rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. VA. 1935 S. 426 ff.
Schätzel, Walter: Der bürgerliche Rechtsstreit. In: Festschrift für Pappenheim. Berlin 1931.
Schelcher, Herbert: Um die Verwaltungsrechtspflege des Dritten Reiches RVBl. 1937. S. 569 ff.
Scheuner, Ulrich: Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, insbesondere für die Gerichtsverfassung. DJZ. 1935. S. 1462 ff.
Schmidt: Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit. RVBl. 1935 S. 405 ff.
Schmidt-Ernsthausen: Zur Entwicklung des Enteignungsrechts. ZAkfDR. 1935. S. 657 ff.

Schmitt, Carl: Die Auflösung des Enteignungsbegriffs. JW. 1929. S. 495 ff.
— Konfliktserhebung bei Schadensersatzansprüchen gegen den Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaften. DJZ. 1934. S. 776 ff.
— Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
Schneider: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich. DR. 1935, S. 458 ff.
Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig: Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht. DJZ. 1935 S. 1475 ff.
Scholz, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich. Köln 1936.
— Zur Auslegung im öffentlichen Recht. RVBl. 1934 S. 233 ff.
v. Schwerin, Claudius: Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte. München und Leipzig 1934.
Seel, Hans: Das neue Beamtenrecht. Berlin 1937.
Sievers: Der Rechtsweg wegen vermögensrechtlicher Ansprüche nach dem Deutschen Beamtengesetz. RVBl. 1937, S. 209 ff.
Stein, Friedrich: Grundriß des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Tüb. 1928. (Jude.)
– Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912.
Stödter, Rolf: Oeffentlich-rechtliche Entschädigung. Hamburg 1933.
Stölzel, Otto: Rechtsweg und Kompetenz-Konflikt in Preußen. Berlin 1901.
Stuckart, Wilhelm: Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DV. 1935, S. 161 ff.
— Probleme der Verwaltung. In: Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht 1936. S. 1 ff.
Tartarin-Tarnheyden: Werdendes Staatsrecht. Berlin 1934.
Tezner: Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. Berlin 1901
Thoma: Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. 1910, S. 196 ff.
Vahlbruch, Günther: Bindung des Richters an Verwaltungsakte. Würzburg 1937.
Veiel: Führergrundsatz und Einzelrichter beim obersten Verwaltungsgericht. DV. 1934 S. 293 ff.
Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. Band 336. Nr. 391. Berlin 1920.
Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1861. Band V. II. Teil. Aktenstück Nr. 89. Berlin 1861.
Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer. 1925. Heft 2. Berlin und Leipzig 1925.
Wagner, Albrecht: Der Kampf der Justiz gegen die Verwaltung in Preußen Hamburg 1936.
Wagner, Hermann: Das Berufsbeamtentum im nationalsozialistischen Reich. Emsdetten 1936.
Weber, Werner: Das Problem der öffentlich rechtlichen Entschädigung. In: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht. § 24.
Weber-Wieacker: Eigentum und Enteignung. Hamburg 1935.
Wolff, Martin: Reichsverfassung und Eigentum. In: Festgabe für Wilhelm Kahl. Tübingen 1923. (Jude.)
Zimmerle, Ludwig: Die Neue ZPO. in der Fassung vom 8. 11. 1933. Berlin und Leipzig 1934.

Lebenslauf.

Ich bin am 7. Juli 1914 in Calw geboren. Ich bin der älteste Sohn des Ministerialdirektors Dr. Dill und seiner Frau Else, geb. Wiedersheim. Ich bin deutscher Reichsbürger. Meine Schulbildung erhielt ich im humanistischen Gymnasium. Ich schloß sie im Februar 1932 mit der Ablegung der Reifeprüfung am Eberhard-Ludwigs-Gymnasium in Stuttgart ab. Der Schulzeit folgte das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Ich studierte zunächst zwei Semester in Tübingen, dann im Sommersemester 1933 in Kiel. Seitdem war ich wieder in Tübingen eingeschrieben. Mein Studium wurde von 1934 bis 1935 durch zwei Jahre Dienstleistung bei Partei und Wehrmacht unterbrochen. Es endete mit der Ablegung des ersten juristischen Staatsexamens am 20. 5. 1937 vor dem Justizprüfungsamt Stuttgart.